

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'OBLIGATION
AVEC OU
SANS HYPOTHÈQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Raymond VIGUIER

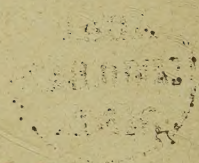


MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUST. FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1907



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'OBLIGATION
AVEC OU
SANS HYPOTHEQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Raymond VIGUIER



MONTPELLIER
IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI
Rue Ferdinand-Fabre et quai du Verdanson

—
1907

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chèusse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Droit civil approfondi.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel

Antonelli, chargé de cours d'Économie politique.

Rochette, secrétaire.

Laurens, professeur honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Charmont, *président*.

Valéry,

Perreau,

} *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

Hommage de reconnaissance et d'affection

R. VIGUIER.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'OBLIGATION

AVEC OU

SANS HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION

Le placement d'argent est devenu, au cours du siècle dernier, un des moyens les plus féconds pour les nations modernes d'utiliser leur fortune privée. Chacun aime à placer le superflu de ses richesses afin d'en retirer un certain intérêt qui lui permettra de vivre sans avoir recours à son capital. Dans ces conditions, comme le dit M. Gide, placer « c'est renoncer à son pouvoir de consommation pour le transférer à d'autres qui utiliseront ce pouvoir de consommation par quelque mode productif. Par conséquent, le placement n'est pas un acte de consommation, mais au contraire un acte de production ».

L'utilité sociale du placement d'argent est incontestable : outre qu'il favorise certaines entreprises

louables, il présente un caractère altruiste, qu'on ne saurait lui dénier. Il permet, en effet, à quelqu'un qui ne dispose pas de capitaux suffisants pour mener à bien une affaire, d'arriver à ses fins au moyen des capitaux d'autrui. Par contre, le prêteur, comme dédommagement, exigera une certaine prime que l'on nomme intérêt. L'intérêt est-il légitime, ne l'est-il pas ? Nous nous bornerons ici à indiquer la question qui a de tout temps divisé les économistes, selon l'école à laquelle ils appartiennent. Nous admettons la légitimité de l'intérêt à la condition qu'il soit à peu près et autant qu'il est possible le même que la quotité du revenu annuel de la somme prêtée. Nous réproouvons l'usure, c'est-à-dire les manœuvres de ceux qui prêtent à dix, vingt, trente pour cent sur des fonds de terre qui en produisent tout au plus cinq. « C'est là, dit Bonald, le crime religieux et politique de l'usure, considéré comme un crime par les Domat et les Pothier, comme par Bossuet. C'est là la *quæstiosa segnitia*, une oisiveté lucrative, comme l'appelle Pline l'Ancien, un assassinat, pour parler avec Caton ; et l'usurier, considéré sous ce point de vue, est un tyran qui tourmente la nature et l'humanité. »

En France, tout placement d'argent est généralement accompagné d'une constitution d'hypothèque garantissant le remboursement de la somme prêtée. Il est très rare, en effet, dans la pratique notariale, de rencontrer des actes d'obligation sans hypothèque,

à moins qu'il ne s'agisse de sommes extrêmement minimales. L'obligation hypothécaire est la règle, l'obligation sans hypothèque l'exception.

Quelle est l'origine de l'hypothèque ? Quels sont les avantages et les dangers du prêt hypothécaire ? Telles sont les questions que nous allons essayer brièvement de résoudre.

L'hypothèque n'est pas une de ces institutions primitives qui naissent d'elles-mêmes dès l'enfance des sociétés. Outre qu'elle repose sur le droit de propriété comme sur une base nécessaire, et que, par conséquent, elle ne peut apparaître que là où ce droit est bien défini, sa création par elle-même suppose un degré de culture assez élevé.

Son origine historique paraît remonter aux Grecs, comme l'indique le nom même qui lui est resté. Cependant on ignore à quelle époque précise l'hypothèque prit place dans le droit romain. Ce qui est certain c'est que le gage n'y apparut pas de prime abord sous cette forme particulière. En principe, quand un débiteur voulait affecter une chose à la garantie de sa dette, il en transférait la propriété au créancier, soit par la mancipation soit par l'*in jure cessio*. Mais afin de s'assurer à lui-même le retour de cette chose, dont il n'avait pas entendu se dépouiller irrévocablement, on ajoutait à l'aliénation un contrat désigné sous le nom de fiducie, par lequel le créancier s'engageait à remanciper la chose au débiteur dès qu'il aurait reçu son paiement. En cas de

non-paiement, le créancier devait vendre la chose et, afin de prévenir toute fraude de sa part, il ne pouvait se porter acquéreur.

C'était là un instrument de crédit bien imparfait, qui avait surtout le grave inconvénient de mettre le débiteur à la merci du créancier. En effet, si ce dernier, abusant d'un droit qui ne devait être entre ses mains qu'une simple garantie, disposait de la chose, le débiteur, qui en avait perdu la propriété, ne pouvait la revendiquer entre les mains de l'acquéreur ; il pouvait seulement exercer contre le créancier l'action personnelle résultant du pacte fiduciaire. Mais cette action ne pouvant aboutir qu'à une indemnité pécuniaire, si le créancier était insolvable, elle n'était pour le débiteur spolié qu'une ressource illusoire.

L'intérêt social réclamait l'établissement d'un mode de garantie qui, sans dépouiller le débiteur de sa propriété, sans même le priver de la possession, conférât au créancier un droit réel sur la chose. Le premier pas dans cette voie fut fait par le prêteur Servius dans les circonstances suivantes : celui qui baillait à ferme un bien rural exigeait ordinairement une garantie pour le paiement du fermage ; or le fermier n'ayant que des meubles lui servant à l'exploitation de la ferme, ne pouvait pas les donner en gage. Le prêteur Servius décida alors que, lorsque le fermier aurait par une simple convention conféré au bailleur un droit de gage sur les meubles garnissant

la ferme et sur les fruits, ce dernier pourrait les suivre en quelques mains qu'ils vinssent à passer, les faire vendre et se faire payer sur le prix. L'action qui lui était accordée à cet effet, se nommait du nom de son auteur : action servienne. D'autres prêteurs généralisèrent ce principe et décidèrent qu'une simple convention suffirait dans tous les cas pour conférer au créancier, sur la chose qui lui aurait été engagée à titre de garantie, une action réelle qui fut nommée quasi-servienne ou hypothécaire. C'est ainsi que fut créée l'hypothèque.

Le régime hypothécaire s'introduisit dans la Gaule avec la législation romaine, à la suite de la conquête, et depuis il continua d'y subsister, non pas tel qu'il avait été dans le principe, mais avec les modifications qu'y apportèrent successivement la féodalité, l'établissement des coutumes, les ordonnances de nos rois et la jurisprudence des parlements.

L'hypothèque prenait naissance d'une manière différente, car les diverses provinces du royaume n'étaient point à cet égard régies par un droit uniforme. En certains lieux appelés pays de nantissement, c'était une règle générale, qu'on ne pouvait acquérir sur un immeuble un droit réel, et par conséquent un droit d'hypothèque, sans être nanti, suivant certaines formalités, par le seigneur. Le débiteur était censé se dessaisir du droit d'hypothèque entre les mains du seigneur qui en saisissait ensuite le créancier. Ces formalités avaient pour effet de

manifeste publiquement la translation du droit. L'hypothèque ne prenait rang que du jour où le nantissement avait eu lieu. De là il résultait que lorsqu'une hypothèque avait été établie sur un immeuble, le même immeuble ne pouvait ensuite être grevé d'autres hypothèques au détriment du premier créancier. La date et le rang de chaque constitution se trouvaient ainsi constatés avec certitude. Ce système réalisait de prime abord deux avantages précieux que, dans le reste de la France, il fut extrêmement difficile de faire prévaloir : la spécialité et la publicité de l'hypothèque.

Le nantissement était une conséquence du régime féodal, aussi tombe-t-il peu à peu en désuétude. Il se maintient toutefois dans le ressort du Parlement de Paris jusqu'en 1771, dans les coutumes de Vermandois, Châlons et Reims. L'édit de 1771 supprime le nantissement dans toute la France. Cependant on le conserve en Flandre où le Parlement refuse d'enregistrer cet édit, qui organise au moyen de Lettres de ratification une publicité imparfaite.

Tel était l'état de la législation au moment de la Révolution française. Pendant la période révolutionnaire, nous devons signaler l'importante loi du 11 brumaire an VII qui exige que tout acte translatif de biens et de droits susceptibles d'hypothèques soit transcrit sur les registres du bureau des hypothèques et déclare que jusque-là, cet acte ne pourra être opposé aux tiers qui auraient contracté avec le ven-

deur et se seraient conformés aux dispositions de la loi. Le Code Napoléon s'écarte de cette règle, reprise cinquante ans plus tard par la loi du 25 mars 1855.

Le régime hypothécaire établi par le Code civil a été depuis son adoption l'objet de vives critiques. Un publiciste de l'école saint-simonienne, M. Decourdemanche, après avoir proposé de l'améliorer, finit par le trouver radicalement mauvais et par demander sa suppression, prétendant que l'hypothèque en elle-même est contraire aux principes de justice qui doivent régler les rapports des hommes entre eux, qu'elle est attentatoire au crédit public et antiproductive. Nous ne nous arrêterons pas à ces critiques inspirées par une crainte un peu chimérique, car il en est d'autres plus sérieuses et plus pratiques qui, tout en admettant le principe et en reconnaissant les heureux effets de l'institution, se sont appliqués à mettre en lumière les imperfections du système consacré par le Code civil : c'est à celles-là que nous arrivons.

Sous la Restauration, un jurisconsulte distingué, Jourdan, publia dans « La Thémis » un article remarquable dont la conclusion était que si le régime hypothécaire adopté par le Code était préférable à l'édit de 1771, il était bien inférieur à la loi du 11 brumaire an VII. Il lui reprochait principalement d'enlever aux prêteurs toute sécurité en créant au profit des femmes et des mineurs des hypothèques occultes dont l'effet n'est subordonné à aucune inscription et en

affranchissant les aliénations immobilières de la nécessité de la transcription. Il ajoutait que l'acquéreur n'avait aucun moyen de se prémunir contre l'action en révocation formée par un donateur antérieur pour cause de survenance d'enfants, contre l'action en réduction de donation ou de legs intentée par les héritiers légitimaires. D'un autre côté, un homme d'Etat, Casimir-Périer, le 5 février 1829, écrivait aux journaux : « Depuis longtemps tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale s'affligent d'en voir le développement entravé par les vices de notre système hypothécaire, dont les principaux effets sont d'éloigner les capitaux des prêts sur immeubles, et de maintenir la disproportion considérable et fâcheuse qui existe entre l'intérêt dans les emprunts sur la propriété et celui que présentent les autres opérations de même nature. Le commerce et l'agriculture réclament également, dans cette partie de notre législation, des améliorations qui permettent d'étendre le crédit dont l'une et l'autre éprouvent un si grand besoin, en l'assurant sur la base à la fois la plus large et la plus solide, sur la valeur immense de notre sol. »

Troplong dans la préface de son traité « Des Privilèges et des Hypothèques », reconnaît que parmi les inconvénients de l'hypothèque il en est qui sont inhérents à la nature même du droit de propriété. Ceux-là sont irrémédiables ou du moins le remède serait pire que le mal. Ainsi lorsque le créancier hypothécaire

n'étant pas payé, veut convertir son gage en argent, il est obligé pour cela de recourir à une procédure longue, compliquée, dispendieuse. Mais c'est qu'à côté de son intérêt, il en était d'autres non moins respectables qui avaient droit à une protection. D'un côté il fallait garantir au débiteur que ses créanciers n'abuseraient pas de sa position et que son immeuble serait vendu à sa juste valeur. D'un autre côté, des ménagements étaient dus aux tiers détenteurs, qui ne doivent pas être trop brusquement dépossédés et à qui d'ailleurs il doit être tenu compte des améliorations qu'ils peuvent avoir faites. Enfin, il peut exister d'autres créanciers hypothécaires dont les droits sont respectables. Toutes ces considérations exigeaient que l'expropriation immobilière fût soumise à des formalités lentes, qui rendent le prêt hypothécaire incommode et le placent, sous ce rapport, dans une grande infériorité vis-à-vis du crédit personnel et surtout du crédit public. D'ailleurs la loi du 2 juin 1841 simplifie la procédure. Le défaut de transcription, qui constituait un des plus graves vices du régime, a été comblé par la loi du 23 mars 1855.

Quelles conclusions devons-nous tirer de ce qui précède ? Devons nous bannir l'hypothèque de notre droit comme une institution néfaste, ou bien devons-nous la laisser subsister en atténuant ses effets ? C'est à ce dernier parti que nous nous rattacherons parce qu'il nous semble injuste qu'un créancier puisse rester exposé au mauvais vouloir de son débiteur. Si

les intérêts de ce dernier sont respectables, ceux du premier ne le sont pas moins. Cependant il est certain que l'expropriation forcée peut dans certains cas être aussi nuisible au débiteur qu'elle est peu avantageuse pour le créancier : c'est quand il s'agit d'un petit domaine constituant tout l'avoir d'une famille. Dans ce cas la saisie ruine définitivement de pauvres gens qui vont grossir l'armée du prolétariat sans grand profit pour le créancier. « Encore, dit M. Salleilles, si satisfaction était donnée aux créanciers ! Mais la saisie appliquée à quelques lopins de terre ne profite qu'au fisc, puisque les frais en absorbent à peu près tout le bénéfice, et cependant ces saisies sans profit s'en vont grossir la masse de ce prolétariat rural où la famille n'a plus d'abri à elle et où s'entretient, avec la misère, la haine de tout ce qui existe. »

L'expropriation a souvent sa cause dans l'hypothèque : l'emprunt garanti par des immeubles ne deviendra accessible aux cultivateurs qu'après une refonte complète de notre régime hypothécaire. Ce régime est trop onéreux pour les petits emprunteurs et surtout trop formaliste. Il faudrait simplifier le mode d'inscription, de signification, de transcription et réduire les frais. « La Réforme sociale », 1892, t. I, p. 383, constate que, dans le Tarn-et-Garonne, le Conseil Général s'inquiète de la quantité toujours croissante des domaines que le Crédit foncier acquiert dans ce département.

Comme remède à cette situation, nous acceptons le projet de loi déposé récemment à la Chambre des Députés par M. Ruau, relatif à la constitution d'un bien de famille insaisissable. Déjà dans l'Inde, en Serbie, en Roumanie, en Russie, des lois tutélaires protègent la propriété familiale ; en Allemagne, en Autriche, en Angleterre, en Suisse, en Belgique, des lois connexes ou des projets de loi tendent vers ce but.

En France, nous trouvons d'abord trois propositions de loi déposées en 1894 par MM. Lévêillé, Hubbard et l'abbé Lemire. Ces propositions avaient le même but : la constitution en France d'un bien de famille insaisissable. M. Lemire, dans l'exposé des motifs, écrivait : « N'avoir ni feu ni lieu, pas d'attache à la profession, pas de lien au sol, expose un homme plus facilement que tout autre à n'avoir ni foi, ni loi. Il erre bientôt au hasard, victime de la loi de l'offre et de la demande, et aboutit fatalement à de grands centres où l'attendent les désillusions et les désespoirs. »

M. Mougeot, en 1903, présente un « projet de loi relatif à la constitution et au régime du bien de famille » ; son but principal est de rendre la petite propriété accessible aux classes laborieuses ; il nous montre ce besoin qui s'est fait sentir dans toute l'Europe, et ce que les nations ont cru bon de tenter et d'accomplir. Partout, en Angleterre, en Allemagne, en Russie, en Roumanie, en Suède, on a cherché

à résoudre la question ; dans un certain nombre d'Etats, la réforme s'est manifestée par des tentatives qui sont autant d'acheminements vers la transformation souhaitée ; l'Amérique a son Homestead vers lequel tendent tous les efforts européens.

Une enquête faite à la suite du dépôt de ce projet de loi révéla que le mouvement des cotes foncières qui, jusqu'en 1875, était toujours allé croissant, s'était notablement ralenti dès les premiers symptômes de la crise agricole ; que la saisie immobilière, les ventes judiciaires d'immeubles exerçaient une influence néfaste sur le sort de la petite propriété : qu'elles tendaient à sa ruine et que ce système de destruction avait pour ainsi dire son complément d'organisation dans notre régime hypothécaire.

Ce projet de loi est devenu le projet Ruau, déposé par le ministre de l'Agriculture le 31 janvier 1906.

Il débute par une étude de législation comparée qui montre combien dans l'Europe tout entière la situation de la petite propriété familiale a ému l'opinion. Le projet examine ensuite la situation de la petite propriété rurale, situation précaire que les crises agricoles ont encore aggravée. Le projet insiste sur l'effet dissolvant des ventes judiciaires d'immeubles, résultat inévitable parce que l'hypothèque est toujours là avec ses suites désastreuses pour le petit cultivateur qui n'a que le lopin de terre insuffisant pour le faire vivre. Comme solution : un bien de famille insaisissable, c'est-à-dire une pro-

priété d'une nature nouvelle, dotée de l'insaisissabilité, qui retiendra l'homme sur le sol ; elle lui restera quoi qu'il arrive et, uni à sa famille, le père fera valoir et produire la terre qui entourera son abri(1).

Ces préliminaires nous ont paru indispensables avant d'aborder l'étude directe du placement d'argent dont nous allons esquisser le plan. Notre travail comprendra deux parties : l'obligation avec hypothèque et l'obligation sans hypothèque. La première partie, l'obligation avec hypothèque, à laquelle sera consacrée la plus grande part de cette étude, sera divisée en sept chapitres :

Chapitre Premier. — Formalités. Conditions.

Chapitre II. — Principales clauses.

Chapitre III. — Désignation et examen de la situation juridique de l'immeuble hypothéqué.

Chapitre IV. — Transport de l'indemnité d'assurance.

Chapitre V. — Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Chapitre VI. — Recherche de l'état civil de l'emprunteur.

(1) Voir à l'appendice le texte intégral de ce projet de loi.

Chapitre VII. Frais et responsabilité du notaire.

Enfin dans la deuxième partie, nous indiquerons brièvement ce que c'est qu'une obligation sans hypothèque.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'OBLIGATION AVEC HYPOTHÈQUE

CHAPITRE PREMIER

FORMALITÉS. CONDITIONS

L'obligation, dans le sens juridique du mot, peut être définie : « Un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes déterminées sont civilement astreintes envers une ou plusieurs autres, également déterminées, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (1), ou encore : « La nécessité légale où est une personne appelée débiteur d'accomplir une prestation au profit d'une autre personne appelée créancier » (2), ou encore : « Un lien de droit par lequel

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, Des Obligations, t. I.

(2) Vigié, Cours élémentaire de droit civil, t. II.

une personne est astreinte envers une autre à faire ou à ne pas faire quelque chose » (1).

Ces diverses définitions de l'obligation énoncées par nos meilleurs auteurs modernes ne sont que la reproduction à peu près littérale de celle donnée par Justinien dans ses *Institutes* : « *Obligatio est vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* » (2).

Le Code civil, chose assez curieuse, ne définit pas l'obligation. Il se contente d'énoncer en tête du titre troisième de son livre III cette mention : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». Et aussitôt, dans son premier article, l'article 1101, il indique seulement l'objet de l'obligation dans sa définition du contrat, en disant que celui qui s'oblige est tenu à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

D'après ce qui précède, nous voyons qu'une obligation suppose donc nécessairement deux personnes au moins ; l'une qui est liée, c'est le sujet passif de l'obligation, le débiteur ; l'autre, au profit de laquelle le lien existe, c'est le sujet actif de l'obligation, le créancier.

Telle est sous différentes formes la définition que l'on peut donner de l'obligation au point de vue pu-

(1) Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, t. II.

(2) Justinien, *Institutes*, livre III, titre XIII, principium.

rement juridique. Cette définition ne va-t-elle pas subir de légères variantes dans la langue du notariat, sur le terrain pratique en un mot, le seul que nous ayons à envisager ici ?

Dans la pratique du notariat, on désigne sous le nom d'obligation tout acte de prêt ou de placement d'argent, et en général toutes les reconnaissances de sommes. Ce sens du mot obligation est, à n'en pas douter, beaucoup moins général que la définition de l'obligation telle qu'elle nous est donnée par les auteurs précédemment cités. C'est dans ce sens seulement que nous traiterons ici des obligations. De l'avis unanime de tous les praticiens, il n'est pas de matière qui intéresse à un plus haut degré le notariat : les obligations sont les actes les plus fréquents, et avec les testaments ceux qui donnent lieu à la responsabilité la plus étendue des notaires.

Nous disons donc d'abord que l'obligation est tout acte de prêt ou de placement d'argent. L'article 1871 du Code civil s'exprime ainsi :

- « Il y a deux sortes de prêt :
- » Celui des choses dont on peut user sans les détruire ;
- » Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.
- » La première espèce s'appelle prêt à usage ou commodat.
- » La deuxième s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt. »

Dans un cas, la chose prêtée doit être rendue dans son individualité, l'emprunteur étant seulement autorisé à s'en servir pendant la durée du prêt, sans pouvoir l'aliéner ni la détruire : c'est le prêt à usage, le *commodatum* des Romains. Dans l'autre, l'emprunteur est autorisé à disposer des choses qu'on lui livre et est seulement tenu d'en rendre d'autres de même quantité et qualité : c'est le *mutuum* romain, le prêt de consommation.

Nous n'avons à nous occuper que de la seconde espèce de prêt, car le prêt d'argent est en réalité un prêt de consommation, puisque l'argent monnayé est au rang des choses fongibles, quoique le Code civil paraisse avoir fait une troisième espèce du prêt à intérêt, en lui consacrant un chapitre séparé.

Ceci posé, on peut se demander ce que fera le capitaliste qui ne veut pas laisser ses deniers improductifs. En général, s'il ne se livre pas à la spéculation, il s'adressera à un notaire pour lui trouver un bon placement, c'est-à-dire un placement garanti par une hypothèque. Car à notre époque, comme à Rome, une importante évolution dans le genre des sûretés exigées par le prêteur de deniers s'est faite. Sous la Rome de Romulus et des rois Etrusques, pendant les belles années de la République, c'était la personne elle-même que l'on considérait pour faire un placement d'argent. Peu importaient les biens que pouvait posséder l'emprunteur; sa moralité, sa dignité aux yeux de ses concitoyens était tout : « Plus

est *cautio in persona quam in re* », disait-on alors. Mais plus tard, avec la fin de la République, l'avènement d'Auguste et la monarchie byzantine, les mœurs se corrompent, la confiance de l'homme envers son semblable diminue, et à la formule pleine de fierté citée plus haut, fait place une formule dont l'égoïsme et la sécheresse ne peuvent nous échapper : « *Plus est cautio in re quam in persona* ». Et l'hypothèque inconnue des Romains primitifs, s'installe en maîtresse dans l'Urbs, produit hybride issu du droit grec et du gage. Il en a été de même en France, tant il est vrai de dire que toutes les époques de décadence se ressemblent et que l'évolution du monde n'est qu'un éternel recommencement.

Aujourd'hui donc, toute personne qui veut faire un placement d'argent s'assurera à l'avance de la sûreté de ce placement. Le notaire, rédacteur de l'acte, est-il responsable du placement dans le cas où celui-ci serait mauvais ? C'est ce sur quoi nous nous expliquerons longuement en traitant « des frais et de la responsabilité du notaire ».

Pour en revenir au prêt, disons maintenant qu'en général c'est le prêteur lui-même qui remet la somme prêtée à l'emprunteur, soit à la vue du notaire rédacteur de l'acte d'obligation, soit antérieurement à l'acte. La volonté des parties joue ici le principal rôle. Mais le prêteur peut n'être pas mis en présence de l'emprunteur et réciproquement. Ils peuvent l'un et l'autre être représentés par un mandataire, par ce

que les Romains appelaient un « *negociorum gestor* ». Dans ce cas, on applique les règles du mandat entre le mandant et le mandataire, et les règles du prêt entre l'emprunteur et le prêteur.

La délivrance se fait ou par la remise effective des deniers à l'emprunteur pour en user comme de sa chose, ou par la permission qui lui est accordée de disposer à son profit de sommes dont il était détenteur à un autre titre.

Y a-t-il réellement translation de la propriété de la chose prêtée par le seul acte d'obligation ? Nous ne le croyons pas, parce que le prêt a pour objet des choses désignées seulement in genere, et que la propriété ne se conçoit pas sans une chose individualisée sur laquelle elle porte. Sans doute, par l'effet du prêt de consommation « l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée, et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive » (art. 1893) ; mais la numération des deniers par le prêteur à l'emprunteur est nécessaire pour que ce dernier devienne propriétaire à son tour. Il faut donc que celui qui prête une chose en soit propriétaire, et de plus, qu'il puisse en disposer. C'est pourquoi un prêt qui serait consenti par un incapable serait nul : « L'essence de la convention, dit Pothier (1), consistant dans le consentement, il s'ensuit qu'il faut être capa-

(1) Pothier, Traité des obligations.

ble de consentir, et par conséquent avoir l'usage de la raison, pour être capable de contracter. Il est donc évident que ni les enfants, ni les insensés, ni les fous, pendant que dure leur folie, ne peuvent contracter par eux-mêmes ; mais ces personnes peuvent contracter par le ministère de leur tuteur ou curateur. »

Une des conditions principales pour que le contrat de prêt existe, c'est qu'il faut que l'emprunteur s'oblige à rendre autant qu'il a reçu et une chose de la même espèce ; car, s'il n'était pas tenu à ce remboursement, le contrat changerait de nature. Ce serait une donation, s'il ne devait rien rendre, ou un échange s'il devait rendre autre chose ; s'il s'obligeait à rendre plus, le contrat pourrait, en certains cas, être réputé usuraire, s'il s'obligeait à rendre moins, le contrat renfermerait à la fois une donation et un prêt.

Quant à l'objet du contrat, nous dirons que, selon l'article 1892 du Code civil, toutes les choses fongibles, c'est-à-dire celles qui se consomment par l'usage qu'on en fait, peuvent être la matière d'un prêt de consommation. Ainsi peuvent faire l'objet d'un prêt, les espèces de monnaie, les matières d'or ou d'argent, les denrées ou autres choses mobilières, pour nous servir des expressions mêmes de l'article 1905 du Code civil.

Il en résulte que ce ne sont pas les mêmes choses, mais des choses de même espèce, qui doivent être

rendues, et l'on peut dire en principe que tout ce qui est prêté comme quantité forme l'objet d'un prêt de consommation, mais que ce qui est prêté comme corps certain, forme l'objet d'un prêt à usage.

Le prêt doit-il être gratuit ? La gratuité est de la nature mais non de l'essence du prêt. En fait, la plupart des obligations de sommes d'argent contiennent une stipulation d'intérêt, et ce, conformément à l'article 1905 du Code civil.

Arrivons maintenant à une importante question : est-il nécessaire que l'obligation soit acceptée par le créancier ? Non, en principe, car la reconnaissance d'une dette, même hypothécaire, n'est que la déclaration d'un fait : elle peut donc constituer un engagement unilatéral et être régulièrement faite par le débiteur seul. Aucune disposition de loi n'oblige le créancier en faveur de qui a été passée une reconnaissance, d'en accepter l'effet par un acte formel. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont en parfait accord (1). D'ailleurs, même en admettant la nécessité d'une acceptation, celle qui serait faite par le créancier postérieurement à l'obligation rétroagirait, du moins, au jour de cette obligation et validerait l'inscription prise avant cette acceptation.

(1) Pothier, des obligations, n° 9 ; — du prêt d'usage, n° 7 ; — Toullier, t. VI, n° 18 et 19 ; — Troplong, du prêt, n° 6, p. 11 ; Duvergier, du prêt, n° 25, p. 32 ; Cass. 3 août 1839, D. 39. 1. 310. ; Paris, 22 avril 1835, D. 35. 2. 135.

Il suffirait même pour valider l'obligation que l'acte fût exécuté.

Il est néanmoins prudent de faire toujours accepter l'obligation soit par le prêteur, soit par un tiers agissant pour lui. Les obligations contiennent d'ailleurs souvent des stipulations de délai et d'autres conditions pour lesquelles le concours des deux parties est nécessaire.

Il a été longtemps dans l'usage général de la pratique du notariat en France, que le notaire qui reçoit l'acte, accepte l'obligation souscrite au profit d'une personne absente. Cet usage, qui nous avait été transmis par le droit romain, est approuvé par la plupart des auteurs anciens: Loysel: «Des offices», liv. II. chap. 5, n° 14;— Ricard, «Des donations», 1^{re} partie, n° 865. Cependant ce procédé ne nous paraît pas conforme aux véritables principes de notre droit. En effet, le notaire ne peut pas stipuler pour autrui, c'est-à-dire devenir partie dans un acte qu'il reçoit. Mais, quand il s'agit d'une simple obligation unilatérale, l'acceptation par le notaire ne doit pas avoir d'inconvénient, puisqu'il n'est pas nécessaire, pour la validité de l'obligation, qu'elle soit acceptée par le créancier, comme nous l'avons vu plus haut et comme de nombreux arrêts en font foi (1). Néanmoins, la question

(1) Cass., 7 août 1811, affaire Barré; 8 juillet 1811, aff. Boiron; 27 août 1833, aff. veuve Joseph; — Toulouse,

présente des doutes à quelques esprits et il a été jugé qu'une obligation acceptée par le notaire n'était pas valable et que le notaire était responsable envers le prêteur (1). C'est au moins assez étrange et il est bon de se mettre en garde contre de pareilles surprises.

Le prêteur de deniers peut, si bon lui semble, n'exiger aucune garantie hypothécaire. Mais ce n'est que rarement, les actes notariés en font foi, qu'un prêteur n'exigera pas une garantie hypothécaire qui lui assurera le remboursement de la somme prêtée et le paiement régulier des intérêts stipulés. Ce sera alors l'obligation sans hypothèque que nous examinerons sommairement dans la deuxième partie de cette étude. Pour le moment, nous n'avons à nous occuper ici que de l'obligation hypothécaire. Il est donc nécessaire d'entrer dans des détails en ce qui concerne l'hypothèque, garantissant l'exécution d'une obligation notariée.

Qu'est-ce donc d'abord qu'une hypothèque ? En nous appuyant sur l'article 2114 du Code civil, nous définirons l'hypothèque en droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle crée un droit de suite et de préférence sur ces immeu-

7 déc. 1832, aff. Delpech ; — Bordeaux, 22 janvier 1839, aff. Landreaux.

(1) Rouen, 2 février 1829, affaire Leseigneur

bles ; elle les transforme en une sorte de gage affecté à la dette.

Les éléments nécessaires à la validité du contrat d'hypothèque sont les mêmes que ceux qui sont exigés pour les autres contrats prévus par notre droit : consentement, capacité, objet certain, cause licite, et ce, conformément à l'article 1108 du Code civil. Cependant ces éléments réunis ne suffisent pas à valider une constitution d'hypothèque. La loi, en effet, a créé un cinquième élément de validité à la formation de certains contrats au nombre desquels se trouve l'hypothèque : la solennité, cela signifie que tout contrat hypothécaire doit être dressé par un notaire, chargé de donner à l'acte ce cinquième élément.

On peut s'étonner alors que l'article 1108 du Code civil passe sous silence la solennité. Notre article, pensons-nous, a pu se dispenser de la mentionner, soit parce qu'il indique simplement les conditions requises pour la validité ou l'existence de toutes les conventions en général, soit parce que dans les contrats solennels, l'absence de la forme peut paraître se confondre avec l'absence du consentement, en ce sens que celui-ci n'a pas d'existence aux yeux de la loi quand il n'est pas manifesté dans les formes prescrites : « La solennité, écrit Laurent (1) est la

(1) Laurent, Principes du droit civil français, t. XV, n° 457.

dernière condition que la doctrine exige pour l'existence de certains contrats, dits solennels. Nous en avons dit la raison en traitant des donations. Pourquoi la donation est-elle inexistante quand l'acte n'est point fait dans les formes voulues par la loi ? C'est que la solennité se confond avec le consentement dans les contrats solennels, en ce sens que le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans la forme légale. La cinquième condition est donc, en réalité, identique avec la première : il n'y a pas de consentement quand le donateur l'a donné par acte sous seing privé ou par acte authentique nul comme tel, et sans consentement le contrat est radicalement nul ou inexistant. » Ce que Laurent écrit à propos de la donation s'applique aussi à l'hypothèque, puisque l'hypothèque figure dans notre droit au nombre des contrats solennels. Pour constituer une hypothèque, les parties devront donc forcément s'adresser à un notaire, officier public spécialement chargé de la rédaction de ce genre d'acte solennel. L'article 2127 du Code civil est d'ailleurs formel sur ce point (1).

Il résulte de ce qui précède que si l'acte est annulé en tant qu'acte authentique, l'hypothèque est nulle bien que l'obligation continue de subsister. C'est alors une simple obligation sans hypothèque (2),

(1) Lyon, 13 avril 1867.

(2) Caen, 9 janvier 1877 ; — Amiens, 18 nov. 1895.

comme celle que nous étudierons plus loin. L'obligation hypothécaire est, en effet, un acte complexe, à double face, comprenant d'une part l'acte d'obligation pour lequel le consentement des parties est suffisant pour le rendre valable, et d'autre part, le contrat hypothécaire pour lequel la solennité est requise ; cette qualité faisant défaut, l'acte tombe nécessairement.

Il n'est pas nécessaire que le débiteur en personne consente lui-même l'hypothèque sur ses biens. Il peut être représenté par un mandataire ; mais dans ce cas l'hypothèque n'est valable qu'autant que la procuration est authentique ; une procuration sous seing privé serait insuffisante, parce que le mandataire ne peut avoir plus de pouvoir que le mandant. Si l'on suppose même que le mandant ratifie plus tard en la forme authentique un mandat de ce genre, c'est-à-dire sous seing privé, la jurisprudence n'admet pas que cette rectification, malgré sa validité, soit opposable aux tiers qui ont acquis dans l'intervalle des droits sur les biens hypothéqués (1).

Ce point que le mandataire à l'effet de constituer une hypothèque doit être muni d'une procuration authentique a été contesté par Troplong. Cette opinion, basée sur une jurisprudence aujourd'hui surannée, est complètement abandonnée. Des arrêts nom-

(1) Riom, 31 juillet 1851 ; — Cass., 7 février 1854.

breux sont venus affirmer la nécessité d'une procuration authentique pour la constitution d'une hypothèque et la Cour de Cassation est maintenant bien fixée sur ce point(1). Les auteurs sont aussi unanimes à réclamer une procuration authentique dans ce cas, parce que le consentement du constituant doit être constaté en la forme notariée et aussi, comme nous le disions plus haut, parce que le mandataire ne peut avoir plus de pouvoir que le mandant. Nous n'admettons à cette règle qu'une exception consacrée formellement par la loi du 1^{er} août 1893, sur les sociétés, décidant que, dans toute société commerciale, l'acte de formation de toute société, ou une délibération ultérieure, même sous seing privé, pouvait conférer au gérant le pouvoir d'hypothéquer les immeubles de la société.

Cette exception nous permet de mentionner ici les règles relatives à la constitution d'une hypothèque par une société. L'assemblée générale peut, à la simple majorité prescrite par les statuts pour les assemblées générales ordinaires, autoriser tous emprunts, même non prévus par les statuts de la société (2). Lorsque l'emprunt doit être hypothécaire, la délibération ne peut avoir lieu dans la forme

(1) Cass., 23 déc. 85, D. 86. 1. 97 ; 3 déc. 89, D. 90. 1. 405 ; 9 avril 95, D. 95. 1. 430.

(2) Cass., 7 mai 1844 ; — Paris, 5 juillet 1877 ; — St-Quentin, 4 déc. 1884.

des procès-verbaux ordinaires de l'assemblée, que dans le cas seulement où le gérant ou les administrateurs ont le pouvoir d'emprunter et d'hypothéquer à la condition d'en aviser au préalable, l'assemblée, et que la déclaration par une résolution de l'assemblée qu'elle ne s'y oppose pas suffit pour que l'emprunt soit réalisé ; une telle résolution peut être prise en assemblée générale dans la forme ordinaire.

Quand les statuts de la société ne confèrent pas le droit au gérant ou aux administrateurs de contracter des emprunts hypothécaires, les hypothèques, suivant une jurisprudence critiquable, ne peuvent être valablement conférées que par une délibération prise dans la forme authentique (1). Il faut donc, pour échapper aux rigueurs de cette jurisprudence, que la délibération soit prise par un procès-verbal notarié, contenant la délibération de l'assemblée générale et la résolution de cette assemblée conférant au gérant ou aux administrateurs les pouvoirs nécessaires pour emprunter et hypothéquer. Il ne suffirait pas que la délibération prise dans la forme ordinaire fût déposée au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance de signature. Ainsi l'a décidé un jugement du Tribunal civil de la Seine du 19 janvier 1886. La ratification par l'assemblée d'une

(1) Paris, 5 déc. 1887 ; — Chambéry, 18 juillet 1881 ; — Cass., 15 novembre 1880.

hypothèque consentie en vertu d'une délibération ordinaire ne valide l'hypothèque qu'autant que la délibération contenant cette ratification est notariée (1).

Disons enfin, pour en finir sur ce point, que, d'après l'article 2128 du Code civil, les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens situés en France, s'il n'y a de dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

Il nous faut examiner maintenant, après avoir vu que la constitution d'hypothèque ne peut avoir lieu que par-devant notaire, c'est-à-dire en la forme authentique, quels sont les biens susceptibles d'être hypothéqués ?

A cette question, l'article 2118 du Code civil va répondre. Il le fait en ces termes :

« Sont seuls susceptibles d'hypothèque :

» 1° Les biens qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ;

» 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

Et l'article 2119 ajoute : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

Il résulte d'abord de la combinaison de ces deux articles, que l'hypothèque ne portera jamais sur

(1) Paris, 5 juillet 1877

des meubles. On peut même dire que l'article 2119 était inutile. La proposition qu'il contient résultait, en effet, a contrario, de l'article précédent. Le législateur de 1804 a insisté sur ce point pour bannir définitivement de notre droit la théorie de l'hypothèque sur les meubles admise en droit romain. Dans notre ancien droit, on admet le maxime : « meubles n'ont pas de suite par hypothèque », que le Code civil n'a fait que consacrer.

Quel est le motif de cette prohibition ? L'ancien droit avait supprimé l'hypothèque mobilière, parce que la sûreté réelle établie sur les meubles sans dépossession du débiteur, ne lui paraissait pas constituer une garantie sérieuse, et qu'il était impossible de maintenir le droit de suite au créancier contre les tiers. Ces raisons subsistent toujours, mais il en a surgi une nouvelle, plus décisive encore, et que l'ancien droit n'avait pas soupçonnée : l'impossibilité d'organiser la publicité pour l'hypothèque des meubles. La publicité est devenue une nécessité dans les temps modernes. Or les meubles n'ont pas de situation fixe. « Où seraient tenus les registres, dit M. Planiol ? Au domicile du débiteur ? Mais ce domicile lui-même est variable ! »

Pour toutes ces raisons, le Code civil a interdit l'hypothèque des meubles. Mais au cours du XIX^e siècle, des exceptions ont paru possible au législateur et ont été admises. Dans toutes, il s'agit de meubles importants, pour lesquels on a pu trouver

un point fixe, servant de centre à la publicité de l'hypothèque. La première de ces exceptions résulte des lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 organisant l'hypothèque maritime. Les navires sans doute sont des meubles, mais ils ont un port d'attache qui leur sert en quelque sorte de domicile. De plus « la mutation en douane » permet leur transmission. Ces circonstances ont permis d'organiser leur hypothèque. Mais il faut que ce soit des bâtiments de mer et qu'ils jaugeant plus de vingt tonneaux d'après l'article 36 de la loi de 1885. Un projet de loi déposé récemment sur le bureau des Chambres permet d'hypothéquer aussi les bâtiments de rivières.

Une seconde exception résulte d'une loi du 1^{er} mars 1898, qui permet d'hypothéquer les fonds de commerce. Le législateur semble n'avoir pas compris toute la portée du terme « nantissement » dont il s'est servi par erreur en cette circonstance. Le nantissement d'un objet ne peut avoir lieu, en effet, que quand le débiteur perd la possession de la chose donnée en gage dont le créancier est nanti. Or ici, aucun dessaisissement n'a lieu, ce qui doit écarter toute idée de gage. De plus, la publicité organisée au moyen de registres spéciaux tenus au greffe du Tribunal de Commerce, est comparable à celle des hypothèques. Nous nous trouvons donc en présence d'une véritable hypothèque que, chose assez étrange, le législateur a créée sans s'en apercevoir. Chose

plus curieuse encore, on a inséré le texte qui la consacre dans l'article 2075 du Code civil, alors que sa place était toute trouvée dans le Code de commerce.

Enfin la loi du 18 juillet 1898, dite loi sur les warrants agricoles, permet aux cultivateurs gênés d'emprunter sur les produits de leur exploitation sans s'en dessaisir. Une publicité spéciale est organisée au chef-lieu de canton, sur un registre tenu par le greffier de la justice de paix

Telles sont les exceptions que des lois récentes sont venues apporter à la règle : « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». En dehors de ces exceptions il faut s'en tenir à l'article 2118 du Code civil. D'après cet article peuvent donc être hypothéqués les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles, tels que les objets devenus immeubles par destination. Mais ces biens ne sont grevés de l'hypothèque que pendant le temps où ils conservent cette destination ; s'ils sont mobilisés par vente, cessation d'industrie ou autrement, ils cessent d'être frappés de l'hypothèque, et le prix en est distribué aux créanciers sans que ceux ayant inscription sur l'immeuble puissent prétendre aucun droit de préférence. Les produits des mines, carrières, tourbières, sont aussi immeubles et peuvent être hypothéqués avec la surface d'après l'article 18 de la loi du 21 avril 1810 ; mais lorsqu'ils sont séparés de la surface par l'extraction, ils sont mobiliers, ce

qui les rend insusceptibles d'hypothèque. Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, quoique étant immobilières, ne sont pas susceptibles d'hypothèque, mais l'immeuble à la propriété duquel elles tendent peut être hypothéqué par le propriétaire de l'action.

L'article 2118, § 2, ajoute : « l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée ». L'hypothèque s'éteint donc par le fait seul de la réunion de l'usufruit à la nue-propriété, au décès de l'usufruitier ; mais l'extinction de l'usufruit par la consolidation avant le décès n'entraînerait pas l'extinction de l'hypothèque.

Certains usufruits ne peuvent être hypothéqués. Ce sont : 1° l'usufruit légal des père et mère (1) ; 2° le droit de jouissance appartenant au mari sur les biens de sa femme (2) ; 3° les droits d'usage et d'habitation, même le droit d'usage dans une forêt (3).

Le droit résultant d'un bail en faveur du preneur, même fait à long terme, étant purement personnel et mobilier, n'est pas susceptible d'hypothèque. Il faut en excepter cependant : 1° le droit résultant en faveur du preneur d'un bail fait à titre emphytéotique même temporaire (4), et à plus forte raison les constructions

(1) Demolombe, VI, 527.

(2) Pont, 380.

(3) Duranton, XX, 266.

(4) Art. 1^{er} loi du 25 juin 1902 (Code rural).

que l'emphytéote peut avoir élevées ; 2° le droit de jouissance résultant d'un contrat de superficie, ou d'un bail à domaine congéable.

La part indivise d'un associé dans une société, même quand les immeubles en dépendent, est mobilière, tant que la société subsiste, et ne peut être hypothéqué. Toutefois les actions immobilières de la Banque de France et celles des Canaux d'Orléans et du Loing, étant immeubles, sont susceptibles d'hypothèque tant que dure l'immobilisation.

Enfin les constructions élevées sur le domaine public, par un concessionnaire, formant dans ses mains une propriété immobilière, peuvent être hypothéquées.

Tels sont les biens susceptibles d'être hypothéqués ; disons en terminant que l'acte constatant l'obligation hypothécaire doit être dressé en minute et non en brevet, ainsi que l'exige formellement la loi du 25 ventôse an XI.

CHAPITRE II

PRINCIPALES CLAUSES

Il nous faut maintenant étudier les principales clauses usitées dans l'obligation hypothécaire. Nous rangerons ces clauses sous les trois rubriques suivantes : 1^o Clauses relatives à l'étendue de l'obligation ; 2^o clauses relatives à la conservation et à la réalisation du gage ; 3^o clauses relatives au paiement des intérêts.

I. CLAUSES RELATIVES A L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION

A: — *La solidarité*

La solidarité apparaît dans la plupart des actes où l'on rencontre la pluralité de débiteurs. Cette clause est généralement formulée en ces termes : « M. et Mme X... s'obligent solidairement à rendre et rembourser la somme prêtée à M. Z..., etc. » Avant de

nous prononcer sur la validité de cette clause, examinons quelles sont les origines de la solidarité. Un léger aperçu historique ne nous paraît pas inutile, la matière des obligations, à cause de son grand usage, étant une de celles où l'esprit suit avec le plus d'intérêt le progrès des lois à travers les diverses phases de la civilisation.

Le principe de la solidarité a, dans les sociétés naissantes, une étendue démesurée. Que l'homme d'une peuplade attaque celui d'une peuplade voisine, c'est la peuplade tout entière qui devient aussitôt responsable. Qu'un chef de famille n'exécute pas ses obligations, ce n'est pas à lui seulement, c'est à tous les siens, à sa femme, à ses enfants, que le créancier s'en prend.

Le plus beau poème de l'antiquité et de tous les temps, l'*Iliade*, repose sur un fait qui, aujourd'hui, ne mettrait assurément pas aux prises l'Europe avec l'Asie.

Les guerres des premiers Romains avec leurs voisins n'avaient souvent pour première cause que les querelles de pâtres, qui devenaient aussitôt des querelles de nations. Virgile représente bien cet état, quand à propos du cerf de Thyrrée, blessé par Ascaigne, il nous montre la guerre déclarée entre les Troyens et les Latins (1).

(1) *Enéide*, VII, v. 485 et s.

Les premiers Israélites agissaient de même. La fille de Jacob, Dina, est violée par Sichem ; ses frères, pour la venger, exterminent tous les habitants mâles de la ville où régnait Hémor, père de Sichem (1).

Le créancier, dit un législateur de l'Inde, peut contraindre le débiteur à payer, en enfermant son fils ou sa femme (2).

Les choses devaient se passer de même chez les anciens Romains, et il est probable que le jeune Publilius, qui était « ob debitum paternum » dans les fers d'un créancier (3) n'y était tombé que parce que son père s'y trouvait lui-même.

En France, il semble que dans les temps les plus reculés de notre ancienne jurisprudence, les paroisses et communautés d'habitants étaient responsables des crimes commis sur leur territoire.

Enfin la loi du 10 vendémiaire an IV proclame le principe de la solidarité entre les habitants d'une même commune, principe que la loi municipale de 1884 a reproduit et consacré.

On le voit, la solidarité n'est pas chose nouvelle en ce monde, et il n'est pas étonnant que le Code civil, en traitant des obligations, l'ait maintenue dans son article 1197, ainsi conçu : « L'obligation est soli-

(1) Genèse, XXXIV, 2.

(2) Livres sacrés de l'Orient, p. 404, note 4.

(3) Tite-Live, LVIII, n° 28.

daire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. »

Cette solidarité définie par l'article 1197 est la solidarité entre créanciers dont nous n'avons pas à nous occuper. La clause que nous étudions est consacrée par l'article 1200 du Code civil qui définit la solidarité entre débiteurs : « Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière à ce que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier »

Cette clause ainsi consacrée législativement supprime toute discussion à son sujet. Disons seulement qu'en cas de décès d'un débiteur solidaire laissant plusieurs héritiers, la dette, nous dit l'article 2249, se divise entre les héritiers du débiteur solidaire sans solidarité entre eux. De même, suivant les articles 1210, 1211, 1212 et 1215 du Code civil, le créancier peut faire cesser la solidarité par une remise qui s'appréciera suivant ses intentions.

B. — *Remboursement en valeurs déterminées*

Souvent, dans un acte d'obligation, on stipule que le remboursement de la créance ne pourra avoir lieu qu'en certaines valeurs déterminées. Cette clause s'énoncera, par exemple, ainsi :

« Le remboursement de la somme prêtée et le
» paiement des intérêts auront lieu à Z., en l'étude
» de M^e X., notaire soussigné, et ne pourront être
» valablement effectués qu'en espèces de monnaie
» d'or ou d'argent ayant cours et non en billets, pa-
» pier-monnaie ou autres valeurs représentatives du
» numéraire, dont le cours même forcé serait intro-
» duit dans les paiements, en vertu de toutes lois,
» décrets ou ordonnances, au bénéfice desquels les
« emprunteurs renoncent expressément. »

Que signifie exactement cette clause et quelle est sa valeur ?

Le prêteur qui exige l'insertion d'une pareille clause dans un acte d'obligation veut bien donner son or ou son argent, mais à la condition que la somme prêtée lui soit remboursée en mêmes espèces. Cette clause, qui devient aujourd'hui de plus en plus rare, est un souvenir de l'époque où la valeur du papier-monnaie était nulle. Aujourd'hui il faudrait une crise bien redoutable pour ébranler la confiance du

public dans les billets de banque. Néanmoins on la rencontre encore dans quelques actes d'obligation.

Quant à la valeur de cette clause, il semblerait d'abord que la convention faisant la loi entre parties contractantes, on ne puisse sérieusement la contester. Cependant la question est délicate et c'est en sens contraire que nous la résoudrons, nous basant sur les lois relatives aux assignats des 12-18 septembre 1790, art. 4 ; 28 ventôse an IV, art. 2 ; 7 germinal an IV ; 11 avril 1793, art. 4. D'après ces textes on voit clairement qu'on ne peut attacher aucune valeur à la clause des obligations par laquelle l'emprunteur renonce à pouvoir faire le remboursement en aucuns papiers, billets ou autres signes représentatifs de monnaie. Cependant les notaires sont obligés de maintenir souvent cette clause pour satisfaire à la volonté des prêteurs.

Observons, en outre, que la stipulation du remboursement de la somme prêtée n'aura pas grand inconvénient ni grand avantage en temps ordinaire. Mais stipuler que le paiement ne pourra avoir lieu en billets de banque dont le cours devient forcé en vertu d'une loi, n'est ce pas contraire à l'ordre public ? D'autant que le cours des billets de banque ne devient forcé qu'après une crise comme en 1871, ou quand un événement imprévu se prépare. Une convention, même antérieure à la loi à laquelle on l'oppose, peut-elle ainsi être tenue pour valable ? Cela nous semble impossible, et il est fort probable que

les prêteurs de deniers confiants s'exposeraient à de cruels mécomptes si le fait visé par la clause venait à se réaliser.

Le seul moyen d'éviter sûrement le paiement en papier-monnaie serait de constater le prêt en lingots et d'obliger l'emprunteur à rendre pareille quantité de matière. Mais cela n'est pas toujours praticable, et si ce mode de procéder devenait une formule de style, sans qu'il y eût réalisation sérieuse en lingots, la clause perdrait son efficacité et pourrait être annulée.

« Toutefois, si l'on était convenu, lors du contrat, dit Troplong (1), que le paiement se ferait en espèces déterminées pour l'utilité des parties, par exemple, en pièces d'or de 20 francs et non autrement, cette clause devrait être observée, à moins que cette monnaie n'eût plus un cours légal. »

C. — *Indivisibilité.*

Si l'un des débiteurs vient à décéder, le créancier peut se trouver, par suite de cette mort, privé de certains avantages à l'égard des héritiers de ce débiteur. Si l'obligation solidaire est divisible, le créancier sera forcé de diviser ses poursuites contre les héritiers de ce débiteur décédé, d'après l'article 1220

(1) Du Prêt, n^{os} 241 et s.

du Code civil. De plus l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs de ces héritiers retombera sur le créancier. C'est pour éviter ce résultat que le prêteur, se fondant sur l'article 1221, § 5, stipulera la clause suivante :

« En cas de décès des emprunteurs ou de l'un
» d'eux, le remboursement intégral de la créance,
» le montant en principal, intérêts et accessoires
» de la présente obligation, sera indivisible entre leurs
» héritiers ou représentants, ainsi que l'autorise l'article 1221 du Code civil, de sorte que chacun d'eux
» sera tenu solidairement avec les autres, personnellement et hypothécairement, de la totalité de la
» dette. »

En général, la divisibilité ou l'indivisibilité de l'obligation tient à la nature même de la prestation, qui fait l'objet de l'obligation et aussi à l'intention des parties.

Toute prestation susceptible de division matérielle ou intellectuelle donne à l'obligation le caractère d'obligation divisible ; par exemple l'obligation qui a pour objet une somme d'argent est divisible, parce que son objet est susceptible de division matérielle.

De même l'obligation est divisible si son objet est susceptible de division intellectuelle ; ainsi deux personnes peuvent être créancières d'un cheval, objet indivisible, et cette obligation peut être divisible parce que la propriété d'un cheval peut reposer en même temps sur la tête de deux personnes.

Ce caractère de la divisibilité ne présentant rien

d'absolu, les parties peuvent, comme dans la présente clause, donner à une obligation divisible le caractère d'obligation indivisible.

Il nous faut donc examiner ce qu'est l'indivisibilité.

Nous la définirons : une modalité des obligations résultant, soit de la nature de la prestation due, soit de la volonté des parties.

Une première indivisibilité résulte de l'article 1217 du Code civil. C'est celle que Dumoulin appelle « *individuitas natura et contractu* » : c'est toute obligation dont la prestation n'est susceptible ni de division matérielle, ni de division intellectuelle ; par exemple, fournir une servitude. Elle est absolue en ce sens que les parties, le voulussent-elles, ne pourraient pas se soustraire aux suites de cette indivisibilité.

L'article 1218 du Code civil nous présente une seconde espèce d'obligation indivisible : une division matérielle ou intellectuelle de l'obligation serait possible, mais les parties ont voulu le contraire. C'est l'indivisibilité « *obligatione* ».

Enfin les parties ont pu vouloir qu'une obligation divisible soit payée par le débiteur comme si elle était indivisible. C'est l'indivisibilité « *solutione tantum* » prévue par l'article 1221 du Code civil et qui vise spécialement la clause que nous étudions en ce moment.

L'indivisibilité présente donc divers degrés, tandis

que l'obligation divisible aura toujours le même caractère. Examinons d'abord les effets de l'obligation divisible et voyons si les inconvénients qui peuvent en résulter ne seront pas évités par la stipulation d'indivisibilité que nous étudions.

En principe, le créancier mort, ses héritiers deviennent titulaires des créances lui appartenant ; le débiteur mort, ses héritiers sont tenus de ses obligations comme détenteurs de son patrimoine. Nous n'avons pas ici à nous occuper de l'effet que peut exercer la mort du créancier sur l'obligation ; la mort du débiteur, au contraire, amène des changements qu'il est utile d'étudier : le débiteur mort, la dette se divise entre ses héritiers dans la proportion où ces derniers recueillent l'actif de sa succession : « La divisibilité, dit l'article 1220 n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers qui ne sont tenus de la payer (la dette) que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentants le débiteur. » Dans ce cas la dette une, sur la tête du débiteur, se divise à la suite de son décès ; chaque héritier du débiteur est tenu d'une partie de la dette, proportionnellement à la part pour laquelle il représente le défunt ; « chaque dette a sa vie propre et doit être considérée comme une dette unique », ainsi que le dit formellement un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1882 (1).

(1) S. 1884. 1. 79, Cass.

Il en résulte que si l'un des héritiers du débiteur devient insolvable, c'est le créancier qui supportera cette insolvabilité. Pour remédier à cet inconvénient on a recours à la clause que nous étudions, basée sur l'article 1221-5° du Code civil. L'obligation de divisible devient indivisible « solutione tantum ».

Cette indivisibilité ne dérive pas de la nature de la prestation, mais de l'intention des parties. Il en résulte que si le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, le créancier peut poursuivre chacun d'eux pour le total. Sans aucun doute, l'héritier poursuivi peut mettre ses cohéritiers en cause d'après l'art. 1221 in fine du C. civ. Il peut même exercer un recours contre eux ; mais l'insolvabilité de l'un de ses cohéritiers retombera sur lui ou sur les autres et jamais sur le créancier. Telle est l'utilité de cette clause que la loi elle-même a prévue, tant elle a jugé efficace son emploi.

Telles sont les clauses relatives à l'étendue de l'obligation que l'on rencontre le plus souvent dans la pratique notariale. Arrivons maintenant à une deuxième catégorie.

II. — CLAUSES RELATIVES A LA CONSERVATION ET A LA
RÉALISATION DU GAGE.

A . — *Jouir en bon père de famille.*

Cette clause est ainsi conçue :

« Les emprunteurs devront jouir en bon père de
» famille des biens ci-dessus hypothéqués et les
» maintenir en parfait état selon leur nature ; ils ne
» pourront, sans le consentement du prêteur, les af-
» fermer pour un temps excédant de trois années
» la durée du prêt. »

Cette clause n'est que l'interprétation des principes généraux qui régissent la matière. Il est certain que si l'emprunteur ne jouit pas des biens hypothéqués en bon père de famille, s'il ne les maintient pas en parfait état, il trompe le prêteur qui a eu confiance en lui et diminue volontairement l'efficacité des sûretés qu'il lui a accordées. En agissant ainsi, il est de mauvaise foi et le prêteur peut exiger immédiatement le remboursement de sa créance. De plus, on comprend très bien que l'emprunteur ne puisse affermer les biens hypothéqués pour un temps de beaucoup supérieur au jour du terme fixé pour le remboursement. Le prêteur veut que, par cette clau-

se, le débiteur ne puisse, au moment où la dette va devenir exigible, retarder le moment du paiement pour un temps trop long. Néanmoins, pour lui permettre de retirer de ses biens toute la valeur qu'ils peuvent donner, il l'autorise à les affermer pour un temps qui ne peut atteindre, dans notre hypothèse, trois années après l'époque fixée pour le paiement.

B. — *Assurance obligatoire.*

Si l'immeuble hypothéqué n'est pas assuré, le prêteur ne consentira à le recevoir en gage que si l'emprunteur le soumet à l'assurance. On voit très bien l'utilité de cette clause et sa parfaite légitimité : en cas de destruction de l'immeuble, le créancier sera garanti par l'indemnité que la compagnie d'assurance aura à verser. Cette clause est toujours suivie du transfert de l'indemnité d'assurance au créancier. Nous n'insisterons pas sur cette question à laquelle nous consacrons un chapitre spécial.

C. — *Clause relative aux frais de recouvrement.*

Cette clause s'énonce ainsi :

« Si le prêteur se trouve dans la nécessité de re-
» couvrir la présente créance par les voies judiciaires,
» les emprunteurs ou leurs représentants suppor-
» teront tous les frais de production, représentation

» par mandataire et déplacement du créancier, ainsi
» que le préjudice que ce dernier éprouverait soit
» pour le temps pendant lequel la Caisse des consi-
» gnations ne paye point d'intérêt, soit pour la diffé-
» rence entre l'intérêt ci-dessus stipulé et celui payé
» par la caisse, ainsi que tous autres frais et pertes
» occasionnés par l'ordre ou la consignation. »

Cette clause est une précaution de plus que prend le créancier dans le cas où sa créance ne lui serait remboursée qu'en poursuivant le débiteur en justice. Elle est parfaitement valable, bien que l'on ait discuté le point relatif au paiement de l'intérêt pendant la production à un ordre, depuis qu'elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1899, qui en admet formellement la validité. La Chambre des notaires de Paris a fixé cette indemnité à 2 ‰, ce qui est d'ailleurs purement arbitraire.

D. — *Exigibilité du capital.*

Le paiement d'un certain intérêt est généralement stipulé dans les actes d'obligation, mais on a dû prévoir le cas où l'état des affaires de l'emprunteur venant à empirer, il ne pourrait plus satisfaire le créancier sur ce point. Une plus grande sûreté devait être donnée au prêteur dont la créance n'est pas encore exigible. Cette nouvelle garantie lui est accordée par la clause suivante :

« A défaut de paiement à son échéance d'un seul

» terme d'intérêt, le capital de la présente obligation
» deviendra exigible, si bon semble au créancier, un
» mois après un simple commandement resté sans
» effet et contenant déclaration de son intention
» d'user du bénéfice de la présente clause, sans qu'il
» soit besoin de remplir aucune autre formalité. »
C'est le cas de l'exigibilité avant terme.

Quelle est l'utilité de cette clause ? Avant de répondre à cette question, il faut se demander quelle serait la situation du créancier qui aurait négligé de la stipuler dans le cas où le débiteur cesserait de lui payer l'intérêt qu'il s'est engagé à lui servir ? D'abord il faut admettre que nous sommes en présence d'une obligation affectée d'un terme suspensif, car si l'obligation est pure et simple, le paiement doit avoir lieu aussitôt et la clause ci-dessus mentionnée n'aurait pas son utilité. Supposons donc que l'obligation est à terme, c'est à dire que le débiteur a un certain laps de temps pour se libérer. En général, la convention indique en faveur de qui le terme est stipulé, mais en l'absence de toute convention à ce sujet, il faut admettre, avec l'article 1187 C. civ., que c'est en faveur du débiteur.

Dans ces conditions, quels seront les effets du terme suspensif ? L'article 1185 nous répond : la dette à terme existe, mais l'exécution en est retardée jusqu'à l'échéance. La question de savoir si le débiteur qui paye par erreur une dette à terme a le droit de répéter l'indû, sort des cadres de notre sujet, aussi

ne la discuterons-nous pas. Nous allons nous demander seulement quels sont les effets du terme et répondre qu'on peut les réduire à trois :

1° Le terme empêche le créancier d'exiger son paiement ;

2° La créance à terme non exigible ne peut pas opérer compensation légale avec une dette exigible (art. 1291 C. civ.) ;

3° Tant que le terme n'est pas échu, la créance ne peut être perdue par l'effet de la prescription (art. 2257).

Ce sont ces effets que l'on résume en disant : qui a terme ne doit rien. Dans ces conditions, le créancier à terme peut-il poursuivre un débiteur qui cesse de lui payer l'intérêt stipulé ? Nous ne le croyons pas et nous pensons que le créancier, n'ayant pas ce droit, ne peut obtenir de jugement contre son débiteur.

Cependant, il est un certain nombre de cas prévus par la loi où le débiteur perdra le bénéfice du terme. Ces cas sont prévus par l'article 1188 du Code civ., et se résument à deux : 1° au cas de faillite du débiteur et aussi de liquidation judiciaire depuis la loi du 4 mars 1889 ; 2° quand le débiteur a diminué par son fait les sûretés données à son créancier. Ces deux cas mis à part, le créancier ne peut donc poursuivre le débiteur à terme, et c'est alors qu'apparaît l'utilité de la clause dont nous nous occupons : par cette simple phrase insérée dans l'acte d'obligation, le

créancier, un mois après un commandement resté infructueux, pourra agir comme si sa créance était exigible et se faire payer sur les biens du débiteur. Cette clause, dont la pratique use tous les jours, a donc le grand avantage de mieux protéger le prêteur que la loi ; sans cette stipulation, bien souvent le créancier hésiterait à prêter à terme à cause des grands aléas qu'il aurait à courir.

Le Crédit foncier use toujours de cette clause qui revêt dans les actes d'obligation qu'il consent un caractère particulièrement rigoureux. Citons la suivante empruntée à un projet d'acte de prêt notarié, daté de l'année 1906 :

« La dette de Mme X... deviendra exigible :

» 1° A défaut de paiement dans le mois de la mise
» en demeure d'un semestre en souffrance, conformément à l'article 62 des statuts du Crédit foncier ;

» 2° S'il a été touché des loyers ou fermages d'avance non déclarés dans le contrat, alors même que ces loyers ou fermages seraient inférieurs à trois années ;

» 3° Dans les cas prévus par les articles 1188 et 2131 du Code civil par les articles 64, 65, 66 et 68 des statuts du Crédit foncier, et sous l'article 7 du présent contrat ;

» 4° Si dans le mois de la signature de l'acte de réalisation de prêt, la grosse de cet acte, les certificats de radiation et autres pièces hypothécaires

» justificatives n'ont pas été remises au Crédit fon-
» cier.

» Les clauses et conditions soit des rembourse-
» ments anticipés volontaires, soit des rembourse-
» ments forcés par suite d'exigibilité du capital,
» s'appliqueront aux tiers détenteurs comme à
» l'emprunteur. »

Ajoutons qu'en pratique le Crédit foncier se montre assez accommodant surtout dans les régions viticoles.

Il nous reste maintenant à étudier une troisième catégorie de clauses que nous avons rangées sous la rubrique suivante :

III. — CLAUSES RELATIVES AU PAIEMENT DES INTÉRÊTS

A. — *Anticipation*

Cette clause peut être envisagée à un double point de vue selon que le débiteur peut se libérer par anticipation ou que cette faculté lui est refusée.

La clause s'énonce en général en ces termes :

« L'époque fixée pour le remboursement pourra ou
» ne pourra être anticipée sans le consentement
» exprès et par écrit du prêteur. »

Cette clause de l'obligation hypothécaire se présente donc à nous sous un double aspect : dans un cas le débiteur peut se libérer par anticipation, dans

l'autre il faut qu'il attende l'échéance fixée par le contrat. Examinons d'abord le cas où le paiement par anticipation est permis. Il ne sera pas besoin d'insister beaucoup pour démontrer que cette clause est essentiellement favorable à l'emprunteur. Le prêteur a affaire à un ami ; c'est plutôt un service qu'il lui rend qu'une spéculation à laquelle il se livre. L'emprunteur momentanément gêné croit pouvoir faire rapidement honneur à ses affaires. Une époque est fixée pour le paiement, et quelques mois après l'emprunteur a réalisé la somme qu'il doit. En anticipant le paiement, il se libérera plus tôt et n'aura pas ensuite à payer d'intérêt pendant aussi longtemps. La clause par laquelle on lui permet d'anticiper son paiement lui sera donc très favorable.

Mais cette clause, si utile à l'emprunteur, est assez rare et en général c'est la non-anticipation du paiement qu'on stipule, et cela se conçoit aisément. Le prêteur qui met ses capitaux à la disposition de l'emprunteur pour un certain nombre d'années ne cherche plus à trouver un nouveau placement d'argent ; pourvu que les intérêts de la somme prêtée lui soient régulièrement payés, il ne s'occupe de rien. Que l'emprunteur lui rembourse tout à coup la somme prêtée, voilà notre prêteur qui va se trouver avec un capital improductif pendant un laps de temps plus ou moins long selon qu'il réalisera plus ou moins vite un placement nouveau. C'est pour éviter ce résultat choquant qu'il stipule que le capital déboursé ne

pourra lui être remboursé par anticipation. Chose très juste, si l'on songe que le prêteur a dû peut-être déplacer la somme prêtée pour rendre service à l'emprunteur. Ce dernier, à la suite de circonstances heureuses n'ayant plus besoin de cette somme, ne peut cependant la rendre, à moins toutefois de payer les intérêts jusqu'au terme stipulé.

A propos du paiement par anticipation nous devons mentionner certaines règles spéciales au Crédit Foncier. La clause s'énonce en général en ces termes :

« Conformément à l'article 63 des statuts, M. X...
» aura le droit de se libérer par anticipation en tout
» ou par fractions ne pouvant être inférieures au
» vingtième du capital restant dû et sous la condi-
» tion expresse de prévenir le Crédit Foncier, quinze
» jours au moins à l'avance, de son intention à cet
» égard, par lettre recommandée, indiquant le capi-
» tal à payer ainsi par anticipation.

» Cette libération ne pourra être effectuée qu'en
» numéraire et l'intérêt compensateur ne courra au
» profit de l'emprunteur qu'à partir de ce délai de
» quinze jours.

» Tout remboursement anticipé donne droit au
» profit du Crédit Foncier à une indemnité de demi
» pour cent payable en numéraire et calculé sur le
» principal de la somme remboursée.

» Le compte sera établi sur le capital restant dû à
» l'échéance du semestre qui précède le rembourse-
» ment par anticipation. »

Le paiement anticipé d'une somme empruntée au Crédit foncier est donc permis, mais l'on peut voir par la clause précédente avec quelle minutie les détails de ce paiement ont été réglés. On se demande même si l'emprunteur n'hésitera pas bien souvent à se soumettre à de pareilles conditions et s'il ne préférera pas attendre l'échéance fixée.

B. — *Capitalisation des intérêts*

On rencontre dans certains actes d'obligation une clause relative aux intérêts échus et non payés, dont la validité a été fort discutée. Elle est en général conçue en ces termes :

« Les intérêts échus et non payés au terme seront » capitalisés et produiront eux-mêmes des intérêts » moratoires au taux légal conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil. »

Cette clause est-elle valable et ne cache t-elle pas ce que prohibe formellement la loi : l'anatocisme ? Stipulée en vertu de l'article 1154 du Code civil, examinons ce que dit cet article. Il dispose : « Les intérêts » échus des capitaux peuvent produire des intérêts, » ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, » soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus » au moins pour une année entière. »

Pour qui lit cet article sans prévention, il signifie

que lorsque l'échéance étant arrivée, les intérêts ne sont pas payés, soit par une convention, soit par une demande en justice, on peut les rendre productifs d'intérêts. Et on justifie cette solution en disant que les intérêts échus constituent pour le créancier une somme susceptible de former un placement à intérêts et que le débiteur est prévenu par la loi de la situation dans laquelle il se trouve.

La jurisprudence admet la validité de la clause que nous étudions par les arguments suivants : il s'agit de stipulations d'intérêts pour des intérêts, c'est-à-dire de stipulations relatives à une chose future ; or les contrats sur choses de cette nature sont permis ; si on proscriit de telles conventions, on nuit au débiteur, en entraînant les parties à des demandes en justice ou à des conventions successives d'intérêts ; au reste, en appliquant à ces conventions les règles protectrices de l'article 1154 du Code civil, le débiteur est suffisamment garanti (1).

Nous ne pouvons accepter cette opinion, et nous adoptons sans réserve la théorie de M. Vigié, qui déclare qu'une pareille clause est radicalement nulle : « Elle est proscrire, écrit-il, par le texte formel de » l'article 1154. En parlant d'intérêts échus, le légis- » lateur exclut la convention sur les intérêts à échoir, » de même que la demande en justice ne peut se

(1) Cass., 9 janv. 1877, S. 78. 1. 52.

» produire qu'après l'échéance, de même la convention ; et le législateur a fait sagement en le décidant ainsi, pour protéger le débiteur contre sa propre faiblesse.

» C'est la seule opinion conforme à la tradition historique et la seule qui protège efficacement le débiteur : elle le protège contre une convention qui lui sera, au moment du contrat, imposée par le créancier, le débiteur n'en comprendra pas les dangers et elle le conduira à sa ruine. » (1)

C. — *Impôt sur le revenu*

Pour terminer ce chapitre il nous reste à mentionner une dernière clause ainsi conçue :

« Dans le cas où le présent prêt serait passible d'un impôt quelconque à la charge du prêteur, celui-ci aura le droit de demander le remboursement immédiat de sa créance, à moins que les emprunteurs ne prennent à leur charge cet impôt et ne l'acquittent de leurs deniers personnels. »

La simple lecture de cette clause indique clairement les sentiments qui l'ont inspirée. Ignorée il y a quelques années encore, elle a été imaginée par les praticiens en vue des désagréments que l'impôt sur le revenu pourrait causer aux prêteurs de deniers.

(1) Vigie, t. II, n° 1353.

Il est certain, d'une part, que si on admet la validité de cette clause, la situation des débiteurs va se trouver injustement aggravée; d'autre part, si on la pros- crit, les capitalistes se montreront plus exigeants envers leurs emprunteurs. En ne tenant compte que des principes généraux du droit, on est porté à consi- dérer la clause comme valable puisqu'elle est rédigée conformément à l'intention des parties. Cependant on ne peut oublier que le projet de loi sur l'impôt sur le revenu la proscriit formellement. M. Caillaux, dans l'explication détaillée de son exposé des motifs, s'ex- prime ainsi (1) :

« En ce qui concerne les créances, les dépôts, les
» cautionnements et d'une façon générale tous les
» placements de fonds autres qu'en valeurs propre-
» ment dites, l'impôt est perçu conformément aux
» règles générales posées par l'article 22, c'est-à-
» dire, au moment du paiement des intérêts. Mais il
» ne pouvait être question de transformer les débi-
» teurs, qui peuvent être de simples particuliers, et
» dont le nombre est considérable, en autant de
» collecteurs d'impôts chargés de reverser aux
» caisses publiques le montant des sommes retenues
» par eux au moment du paiement de leurs intérêts.
» Aussi tant pour sauvegarder les droits du Trésor

(1) Journal Officiel, doc. parl. de la Chambre ; Annexes
n° 737.

» que pour faciliter aux particuliers l'accomplisse-
» ment des obligations que leur impose la loi,
» l'article 23 (1) décide-t-il que l'impôt devra être
» acquitté, comme en matière de timbre de quit-
» tance, au moyen de l'apposition, sur la quittance
» même des intérêts, d'un ou plusieurs timbres
» mobiles spéciaux, pour une valeur correspondant
» à l'impôt exigible. *L'impôt est à la charge du*
» *créancier, nonobstant toute stipulation contraire.* »

L'impôt sur le revenu n'étant pas encore passé dans nos lois, on ne peut se prononcer définitivement sur la question. Cependant, d'après ce qui précède on peut juger du sort réservé à cette clause.

Telles sont les principales clauses que l'on rencontre dans les obligations hypothécaires. Ces diverses stipulations nous paraissent suffisantes pour protéger efficacement les prêteurs tout en respectant, dans la mesure du possible, la liberté de l'emprunteur.

(1) Le projet de l'art. 23, § 2 est ainsi conçu : « Le droit
» est à la charge exclusive du créancier, nonobstant toute
» clause contraire, quelle qu'en soit la date ; toutefois le
» créancier et le débiteur en sont tenus solidairement. »

CHAPITRE III

DÉSIGNATION ET EXAMEN DE LA SITUATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

L'article 2129 du Code civil est ainsi conçu : « Il
» n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que
» celle qui, soit dans le titre authentique constitutif
» de la créance, soit dans un acte authentique pos-
» térieur, déclare spécialement la nature et la situa-
» tion de chacun des immeubles actuellement appar-
» tenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypo-
» thèque de la créance. Chacun de tous ses biens
» présents peut être nominativement soumis à l'hypo-
» thèque.

» Les biens à venir ne peuvent pas être hypothé-
» qués. »

Cet article 2129 consacre formellement ce qu'on peut appeler le principe de la spécialité en matière d'hypothèque conventionnelle. La loi du 11 brumaire an VII avait, dans son article 4, posé ce principe que le Code civil a abandonné pour les hypothèques léga-

les et judiciaires. Ces dernières sont générales, mais la Commission du cadastre et le projet du Gouvernement proclament la nécessité de la spécialité pour toutes sortes d'hypothèques.

L'hypothèque conventionnelle est la seule qui soit soumise à ce principe, d'où il résulte : que l'acte constitutif d'hypothèque doit désigner d'une manière spéciale le ou les immeubles hypothéqués.

Cette solution du Code civil se justifie aisément lorsqu'on considère les intérêts en présence : le créancier, grâce au principe de la spécialité, peut se rendre compte aisément de l'importance et de la valeur du gage hypothécaire qui lui est offert. De même, le débiteur, par ce même principe, connaît exactement l'atteinte qui va être portée à son crédit par l'hypothèque qu'il consent. En outre l'intérêt général est plus facilement satisfait s'il faut réaliser le gage hypothécaire : on connaîtra sûrement quel est le bien qui est momentanément hors du commerce. Enfin la publicité d'une hypothèque spéciale sera toujours plus aisément assurée que celle d'une hypothèque générale.

- D'après l'article 2129 cité plus haut, l'acte constitutif doit donc indiquer spécialement les biens hypothéqués. Pour cela il faut que le débiteur désigne au notaire rédacteur de l'acte chacun des biens qu'il veut hypothéquer à la dette. Le notaire devra alors, conformément à la loi, déclarer spécialement la nature et la situation des immeubles hypothéqués.

Qu'entend-on par nature des biens ? C'est en général ce en quoi ils consistent. Il faudra donc énumérer chaque immeuble hypothéqué : bâtiment, cour, jardin, bois, prairie, vigne, etc., et indiquer en même temps son étendue en hectares, ares ou centiares. Quant à la situation, c'est le lieu où se trouve le bien : s'il s'agit d'une maison située dans une ville, il faudra indiquer la rue et le numéro ; s'il n'y a pas de numéro, le nom des propriétaires des immeubles voisins, les tenants et aboutissants. Quant au numéro du plan cadastral sous lequel l'immeuble figure, on le mentionne en général, mais une erreur ou une omission à ce sujet n'entraînerait pas la nullité de l'acte, et ce à cause des nombreuses modifications qu'il faudrait faire subir au cadastre.

Le débiteur peut n'hypothéquer qu'un seul immeuble, et dans ce cas la désignation ne présente aucune difficulté. S'il veut hypothéquer tous ses biens, il faudra, pour que la constitution soit valable; les énumérer un à un.

Cependant, lorsque l'hypothèque porte sur un corps de domaine composé d'un très grand nombre de pièces séparées, situées dans une ou plusieurs communes, on se contente d'une désignation par le nom du domaine et d'une mention générale des pièces qui le constituent, avec la situation du chef-lieu d'exploitation. De même, nous admettons comme suffisante la désignation suivante : « les biens que le débiteur possède dans tel arrondissement ». En

vain certains auteurs objectent-ils que dans ce dernier cas un semblable procédé nous ramènerait aux hypothèques générales et à leurs inconvénients et ne satisferait pas aux exigences de l'article 2129 ; la Cour de cassation (1) valide les actes ainsi formulés, et à juste raison, à notre avis.

En effet, ce n'est pas ainsi que notre système hypothécaire fonctionne dans la pratique : malgré l'opinion des auteurs dominés par le préjugé de la spécialité, la jurisprudence se montre très large dans l'application de l'article 2129 du Code civil. Ainsi on se contente d'une énumération vague qui est de style dans la langue du notariat : « tous les biens, terres, bâtiments, vignes, prés, etc. que le débiteur possède dans telle commune ou dans tel arrondissement ». Sans doute, les biens doivent être énumérés d'une façon sommaire, et une constitution d'hypothèque faite sur tous les immeubles du débiteur dans telle commune est nulle (2) si on ne dit pas en quoi consistent ces immeubles. Cela nous éloigne un peu de la spécialité, mais le système de la jurisprudence, plus souple, répond mieux aux besoins de la pratique, étant donné le morcellement extrême de la propriété rurale.

De ce principe qu'il faut toujours désigner l'im-

(1) Cass., 27 nov. 1893, S. 94. 1. 349 ; 12 nov. 1890, S. 91. 1. 199.

(2) Cass., 26 avril 1852, D. 52. 1. 131.

meuble hypothéqué, résulte qu'on ne peut hypothéquer les biens à venir, ainsi que le mentionne l'article 2129 *in fine*. Il serait, en effet, impossible de désigner exactement cette sorte de biens. Les auteurs du Code ont accueilli en cette matière les idées du Tribunal de cassation qui interdit l'hypothèque des biens à venir. Cette prohibition a été l'effet du principe de la spécialité : après avoir exposé ce qu'il appelle « l'objet essentiel de la publicité des hypothèques et ses bienfaits », le Tribunal démontre que cette publicité est « inconciliable avec le droit de prendre une inscription hypothécaire sur les biens futurs » du débiteur. Il s'efforce d'établir la « liaison réelle » entre la publicité et la spécialité d'une part, entre la spécialité et l'impossibilité d'hypothéquer les biens à venir de l'autre (1). Il a donc semblé aux magistrats, qui furent les véritables auteurs de cette partie du Code, écrit M. Planiol (2), que l'hypothèque des biens à venir ne pourrait pas satisfaire à la règle de la spécialité, parce qu'il serait impossible au constituant de désigner et de décrire les biens qu'il pourra acquérir dans la suite. Voilà pourquoi la prohibition de l'hypothèque des biens à venir est contenue dans le même texte qui établit le principe de la spécialité pour les hypothèques conventionnelles ».

(1) Fenet, t. II, p. 615 et s.

(2) Planiol, Droit Civil, t. II, p. 874

Ce motif ne fut d'ailleurs pas le seul ; il parut en outre impossible d'admettre qu'on puisse hypothéquer un bien dont on n'est pas propriétaire, alors qu'on ne pourrait le grever ni de servitudes ni d'usufruit ; cela parut même dangereux : « Il est contraire à tout principe (1) qu'un homme puisse disposer d'une propriété qu'il n'a pas et n'aura peut-être jamais, outre que cela est même immoral s'il s'agit de l'espérance d'une succession à échoir ; outre que la facilité de consommer par anticipation ses espérances, souvent vaines et illusoires, est un principe de désordre dans l'âge des passions, de désespoir dans l'âge mûr, écrasé par les folies de la jeunesse, toutes raisons qui suffisaient pour proscrire à jamais ce système. »

Cependant il faut admettre à la règle de l'article 2129 *in fine* une exception formellement exprimée par l'article 2130 du Code civil, qui dispose : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur » sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il » peut, en exprimant cette insuffisance, consentir » que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y » demeure affecté à mesure des acquisitions. » L'exception est formelle, et l'article 2130 fait échec au principe posé par l'article précédent. Il s'ensuit qu'une stricte interprétation de ce texte s'impose :

(1) Fenet, t. II, p. 616.

cette hypothèque des biens à venir ne pourra avoir qu'un caractère complémentaire et ne pourrait être consentie par quelqu'un qui n'aurait pas de biens présents (1).

Il en résulte que le créancier hypothécaire ne pourra demander à être colloqué sur les biens à venir que si l'hypothèque sur les biens présents ne suffit pas à le payer. Si donc les biens présents n'ont pas été vendus au moment de la distribution des deniers, provenant des biens à venir, on doit donner au créancier hypothécaire un délai pour les faire vendre avant de l'admettre à concourir sur les biens à venir (2).

La loi veut de plus que l'hypothèque ne frappe les biens à venir qu'à la date de leur entrée dans le patrimoine du constituant et sous la condition d'une inscription la rendant publique sur chacun de ses biens.

Disons enfin que la sous-commission juridique du cadastre supprime dans son projet l'hypothèque des biens à venir. Voici les raisons qu'elle en donne : « Nous avons pensé qu'il y avait tout avantage à la proscrire. L'hypothèque sur les biens à venir ne peut intéresser que les prêteurs à la petite semaine et à grosse aventure ; la loi ne doit pas favoriser les

(1) Cass., 30 janvier 1872, S. 73. 1. 404.

(2) Nancy, 22 août 1867, S. 68. 2. 109.

moyens de crédit qui, loin de faciliter la conclusion des affaires sérieuses, ne servent d'ordinaire qu'à entraîner la ruine des prodigues et des faibles d'esprit. » (1) Et plus loin nous trouvons ce projet d'article : « Les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, même à titre de garantie complémentaire, d'une hypothèque sur les biens présents. » (2)

Nous nous rallions pleinement à la solution si sage de la sous-commission juridique du cadastre. Nous craignons seulement que les occupations du Parlement ne lui permettent pas d'étudier avant longtemps une réforme aussi désirable.

Le principe de la spécialité hypothécaire entraîne une autre conséquence prévue par l'article 2132 du Code civil : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte... »

La loi a voulu, en posant ce principe, que le débiteur connût bien l'importance de ses engagements et fût fixé sur l'étendue de son obligation. L'intérêt des tiers est aussi en jeu. Ils seront ainsi prévenus de la somme que le débiteur a à payer, et pourront voir, d'après la valeur de ses biens, si la première somme prêtée n'absorberait pas tout l'actif en cas de réalisation forcée du gage. Le notaire rédacteur de

(1) Rapport Challamel, p. 113.

(2) Article 49 du projet.

l'acte devra donc mentionner à peine de nullité la somme pour laquelle le débiteur engage ses immeubles.

La spécialité telle que nous venons de l'étudier, forme un élément essentiel du contrat hypothécaire. D'où il faut conclure sans hésiter que toute hypothèque, qui, dans sa constitution, n'obéirait pas au principe de la spécialité, serait radicalement nulle.

L'immeuble hypothéqué doit donc être spécialement désigné dans l'acte d'obligation, mais cela ne suffit pas. Il faut encore que le débiteur démontre qu'il est réellement propriétaire de l'immeuble qu'il hypothèque. Ceci nous amène à nous occuper de l'hypothèque de la chose d'autrui et de l'état civil de l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire de sa situation juridique.

Nous disons d'abord que le débiteur ne peut hypothéquer que sa propre chose. L'hypothèque de la chose d'autrui est, en effet, interdite en vertu du principe qu'on ne peut disposer du bien d'autrui. Si donc quelqu'un hypothèque un bien qu'il prétend lui appartenir, et qui, en réalité, appartient à un autre, l'acte sera nul, sans préjudice pour le débiteur de poursuites judiciaires.

Mais qu'arriverait-il si, plus tard, les qualités de constituant et de propriétaire se rouvaient réunies sur la même tête ? Il semble que tout obstacle à la validité de l'hypothèque ait disparu et que le contrat soit valable. C'est l'opinion de M. Colmet de San-

terre (1) qui paraît assez équitable, mais qui n'a pas prévalu. Les auteurs considèrent cette confusion des deux qualités sur une même tête, comme sans influence sur l'hypothèque qui reste nulle (2). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (3).

La principale raison de cette jurisprudence se trouve dans les articles 2129 et 2130 du Code civil. D'après l'article 2129, nous avons vu que le débiteur doit désigner spécialement les biens lui appartenant actuellement. Or, il n'a pu se soumettre à cette règle, puisque, au moment de la constitution de l'hypothèque, le bien ne lui appartenait pas. De même l'article 2130 interdisant l'hypothèque des biens à venir, le débiteur n'a pu hypothéquer valablement à l'avance le bien à lui échu depuis la confection du contrat.

La constitution d'une hypothèque sur la chose d'autrui est donc nulle et d'une nullité radicale : tout intéressé peut l'invoquer contre le créancier et elle ne peut être couverte par la confirmation, impossible d'ailleurs, puisqu'elle ne peut émaner que du véritable propriétaire.

Mais doit-on considérer comme une hypothèque

(1) Colmet de Santerre, t. IX, n° 92 bis.

(2) Aubry et Rau, § 266, note 3 ; de Loynes, n° 1306.

(3) Bordeaux, 24 janvier 1833, S. 33. 2. 569 ; — Montpellier, 10 février 1896, S. 96. 2. 428 ; — Cass., 24 mai 1892, D. 92. 1. 327.

portant sur la chose d'autrui celle qui a été constituée par le vendeur à réméré d'un immeuble dans l'intervalle entre l'aliénation qu'il avait faite et le rachat qu'il a ensuite opéré ? Le réméré produit l'effet d'une condition résolutoire de la vente, et l'immeuble racheté revient au vendeur libre de tous droits et charges nés du chef de l'acheteur. L'hypothèque constituée par le vendeur à réméré, au moment où il était provisoirement dessaisi de sa chose, doit donc être rétroactivement validée par l'exercice du réméré. C'est l'opinion à peu près unanime de la doctrine (1).

L'hypothèque peut également porter sur des biens indivis, et nous savons que son maintien dépendra des résultats du partage. Il s'ensuit que cette règle permet dans ce cas de valider l'hypothèque sur la chose d'autrui. En effet, celui qui n'a qu'une part de propriété dans un immeuble indivis peut l'hypothéquer en entier ; il hypothèque donc ce qui ne lui appartient pas ; néanmoins, cette hypothèque sera validée si l'immeuble est mis en entier dans le lot de celui qui l'a hypothéqué. La solution est certaine et s'explique par l'effet déclaratif du partage admis dans notre droit.

L'hypothèque de la chose d'autrui est donc nulle, et pour éviter un pareil résultat, il faudra que le

(1) Thézard, n° 51 ; — Labbé, Note au Sirey, S. 71. 2. 193 ; — Bordeaux, 13 août 1872, D. 73. 2. 209 ; — Voir cependant a contrario Cass., 23 août 1871, D. 73. 1. 321.

notaire s'applique à rechercher l'origine de la propriété des biens que le débiteur veut hypothéquer. Pour cela, il suffira de démontrer que le bien qui va être grevé, est la propriété du débiteur d'après tel ou tel titre, ou à défaut de titre, que l'immeuble est possédé par le débiteur ou par les siens depuis plus de trente ans. C'est ce qu'on appelle rechercher la situation juridique de l'immeuble dont nous allons nous occuper.

Il se peut d'abord que celui qui veut hypothéquer un immeuble ait recueilli cet immeuble dans la succession de son père, par exemple. Dans ce cas, on indiquera dans l'acte l'époque du décès du *de cujus*, et on mentionnera, preuves en mains, que le débiteur est seul et unique héritier de son père. On s'appuiera, en général, sur l'intitulé de l'inventaire des biens dressé après le décès par un notaire. Si le père de l'emprunteur est mort depuis plus de trente ans, on se dispensera de rechercher plus loin l'origine de la propriété de l'immeuble hypothéqué. Dans le cas contraire, il faudra voir en vertu de quel titre le *de cujus* était lui-même devenu propriétaire. Cette observation s'applique aux différents modes d'acquérir la propriété que nous allons passer en revue.

L'emprunteur peut encore être devenu propriétaire de l'immeuble en vertu d'un acte de partage des biens que son père possédait à son décès, survenu tel jour, laissant pour héritiers naturels plusieurs enfants, dont l'emprunteur. Il faudra indiquer que l'immeu-

ble dont il s'agit fait partie du lot échu à l'emprunteur à la suite du partage opéré entre lui et ses frères et sœurs, suivant acte passé devant notaire, à une date déterminée. Si une soulte a été mise à la charge du lot échu à l'emprunteur, il faudra dire s'il l'a payée, et en cas d'affirmative, produire à l'appui une quittance notariée.

L'immeuble peut être devenu la propriété de l'emprunteur à la suite d'une donation, qui lui en a été faite, avec dispense de rapport, par son père, aux termes du contrat de mariage de l'emprunteur. Le notaire en fera mention.

L'emprunteur peut encore avoir acquis l'immeuble à la suite d'un partage d'ascendant consenti par son père entre lui et ses frères et sœurs. Si le père n'a imposé aucune charge à son fils relativement à l'immeuble donné, cet immeuble pourra être hypothéqué. Mais si le père s'est réservé l'usufruit de cet immeuble, cette circonstance devra être signalée au créancier qui pourra voir là un obstacle futur au remboursement de sa créance. Le père, une fois décédé, l'immeuble redevient libre et, si le partage a été fait dans les conditions exigées par la loi, rien ne s'opposera à la validité d'une hypothèque.

L'emprunteur a pu aussi recueillir l'immeuble à titre de legs particulier à la suite de l'exécution du testament olographe d'un de ses parents ou amis. Il faudra s'assurer alors si le *de cujus* n'a pas d'héritiers à réserve pouvant revendiquer la propriété de

l'immeuble et si les héritiers naturels ont consenti la délivrance du legs. Cette formalité sera constatée par un acte de notoriété qu'il faudra produire.

L'immeuble peut encore appartenir à l'emprunteur à la suite d'un partage de communauté. Dans ce cas, voici comment s'expriment les actes notariés :

« Ledit immeuble appartient à M. Durand, emprunteur, ainsi qu'il va être établi :

» Cet immeuble a dépendu de la communauté de biens qui a existé entre M. et M^{me} Durand, aux termes de leur contrat de mariage passé devant M^e..., notaire à..., le...

» Cette communauté s'est dissoute par le décès M^{me} Durand, arrivé à..., le... Cette dame, aux termes de son testament reçu par M^e..., notaire à..., le..., avait institué pour ses légataires universels MM. X. et Y., ses neveux, qui ont été saisis de plein droit de sa succession, M^{me} Durand n'ayant laissé pour lui succéder aucun héritier à réserve, ce qui est constaté par un acte de notoriété passé en minute devant M^e..., notaire à..., le...

» Suivant acte reçu par M^e..., notaire à..., le..., M. Durand et lesdits X. et Y. ont procédé à la liquidation et au partage de la communauté ayant existé entre M. et M^{me} Durand; les droits en pleine propriété de M. Durand ont été fixés à une somme de..., et pour le remplir de cette somme, il lui a été alloué divers biens, parmi lesquels figure l'immeuble présentement hypothéqué. »

L'immeuble peut encore avoir été acquis à la suite d'un acte de vente passé par l'emprunteur tel jour et devant tel notaire. Il faut alors indiquer quel est le prix de l'acquisition et si ce prix a été payé.

Le vendeur peut être marié ; le nom de sa femme, le régime matrimonial adopté, la date de son contrat de mariage doivent être mentionnés.

Il faut dire ensuite qu'une expédition du contrat de vente a été transcrite au bureau des hypothèques du chef-lieu d'arrondissement et que, le même jour, il a été pris une inscription d'office au profit du vendeur.

Au moment de la transcription de l'acte de vente il a pu se trouver des inscriptions : un état délivré par le conservateur des hypothèques le constatera ainsi que leurs radiations postérieures.

En outre l'acquéreur a du faire remplir sur son acquisition les formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales ; le notaire rédacteur de l'acte s'exprime en ces termes :

« Copie collationnée du contrat d'acquisition a été
» déposée au greffe du Tribunal civil de..., le... et,
» de suite, un extrait en a été affiché dans l'auditoire
» de ce Tribunal, au tableau à ce destiné, le tout
» ainsi que constate un acte dressé au greffe le
» même jour.

» Ce dépôt a été notifié à : 1° M. le Procureur de
» la République près le Tribunal civil de... ; 2° à
» M^{me} X., épouse du vendeur ; 3° à M. X., vendeur,
» suivant exploit de..., huissier à..., le...

» La notification à M. le Procureur de la République a été insérée dans le..., journal d'annonces
» légales, publié à..., feuille du..., ainsi que le constate un exemplaire de cette feuille, portant la signature de l'imprimeur, légalisée par le maire de...,
» et enregistré à...

» L'extrait affiché dans l'auditoire du Tribunal de... y est resté exposé depuis le... jusqu'au..., ainsi
» que l'énonce un acte dressé au greffe à cette dernière date.

» Enfin il est constaté, par un certificat délivré
» par le conservateur des hypothèques de..., le...,
» que, depuis le jour de la transcription du contrat de
» vente jusqu'audit jour..., il n'a été requis l'inscription d'aucune hypothèque légale contre le vendeur, ni contre les précédents propriétaires dénom-
» més au contrat ».

Il se peut encore que ce soit à la suite d'un échange que l'emprunteur soit devenu propriétaire de l'immeuble. On l'établira en mentionnant l'acte d'échange et en indiquant en cas de soulte si cette soulte a été payée.

L'emprunteur peut aussi vouloir hypothéquer un immeuble qui lui est échu à la suite de la dissolution d'une société dont il faisait partie. On mentionnera la transcription de l'acte de société.

Enfin l'emprunteur qui sans aucun titre possède un immeuble depuis plus de trente ans, peut l'hy-

pothéquer. Cette possession trentenaire le dispensera d'établir autrement l'origine de sa propriété.

Nous venons d'indiquer les modes les plus fréquents par lesquels on peut acquérir la propriété d'une chose. Dans bien des cas il suffira d'établir qu'on possède l'immeuble dont on se prétend propriétaire à l'aide d'un des procédés que nous venons de mentionner pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire intervenir les autres. Cependant il peut se faire, pour prendre un exemple, qu'un fils hérite très légitimement de son père : s'ensuit-il pour cela que le père était le véritable propriétaire du bien qu'il laisse à son fils ? Il peut sans doute en être ainsi, ce que l'on établira facilement en examinant de qui le père à son tour tenait l'immeuble en question. Si ce bien lui venait de son propre père et que trente ans se soient écoulés depuis la mort de ce dernier, on n'a pas à se préoccuper d'autre chose. Si, au contraire, le bien a été acquis par un autre mode, il faudra voir si les prescriptions légales ont été respectées et si les formalités voulues ont été accomplies. Il pourra donc se faire que par suite des circonstances on soit amené, pour un même immeuble, à passer tour à tour en revue les divers modes d'acquérir la propriété dont nous venons de nous occuper.

Cette opération terminée, l'état civil de l'immeuble bien fixé, l'emprunteur trouvera plus facilement la somme dont il a besoin, le prêteur étant sûr de n'être pas évincé dans le cas où il aurait à prendre l'immeuble en paiement de sa créance.

CHAPITRE IV

TRANSPORT DE L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE.

Si l'immeuble hypothéqué venait à périr à la suite d'un incendie ou de tout autre sinistre, le créancier n'ayant plus de sûreté pour garantir sa créance en serait réduit au rang d'un simple créancier chirographaire. Aussi, pour éviter ce fâcheux résultat, le créancier exigera que l'immeuble de son débiteur soit assuré s'il ne l'est pas, et s'il l'est, que le débiteur, par une clause spéciale de l'acte d'obligation, lui délègue le montant de l'indemnité d'assurance qu'il aurait à toucher si l'immeuble hypothéqué venait à disparaître. •

La première question qui se pose en cette matière est de savoir si, lorsque l'immeuble grevé est assuré, le droit de préférence des créanciers doit s'évanouir en même temps que disparaît l'objet matériel sur lequel il porte. La question a été législativement tranchée par la loi du 19 février 1889, qui dans son article 1^{er} a pour but « d'attribuer, en cas de sinistre,

aux créanciers privilégiés et hypothécaires l'indemnité d'assurance et les indemnités qui peuvent être dues par les locataires ou les voisins dans les termes des articles 1733 et 1382 du Code civil, et aussi de conférer aux propriétaires et aux voisins un droit exclusif sur l'indemnité du risque locatif et du recours des voisins ».

En présence des dispositions expresses de la loi de 1889, la question ne présente plus la même importance qu'auparavant. Cependant, outre que l'on peut supposer des cas où la loi nouvelle n'est d'aucun secours pour un créancier privilégié ou hypothécaire, il est intéressant de connaître quelle était l'opinion de la jurisprudence avant 1889.

La loi du 12 février 1889 s'exprime ainsi article 2 : « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang.

« Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables »

Article 3, § 1^{er} : « Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du Code civil. »

A la lecture de ces textes on se demande s'ils étaient nécessaires. Si par le seul effet des principes juridiques la jurisprudence ne devait pas, même

avant la promulgation de la loi de 1889, décider que les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires pouvaient s'exercer, par exemple, sur l'indemnité due par la Compagnie d'assurance au sinistré leur débiteur. Les Cours et Tribunaux, après quelques hésitations, rejetaient les prétentions des créanciers (1).

Cependant, malgré la presque unanimité de la jurisprudence, nous nous refusons à penser que les créanciers privilégiés ou hypothécaires doivent voir, s'il y a assurance du bien grevé, leur droit de préférence disparaître en même temps que périclète l'immeuble sur lequel ce droit porte. L'argument principal de la jurisprudence consiste à faire remarquer que les hypothèques ne peuvent reposer que sur des immeubles et sur certains droits immobiliers énumérés dans l'article 2118 du Code civil. Or, l'indemnité d'assurance est une créance mobilière qui, par suite, ne peut faire l'objet d'un droit hypothécaire.

A cette opinion, MM. Darras et Tarbouriech (2) opposent la théorie suivante que nous résumons : dans les travaux préparatoires de la loi de 1889, on a déclaré que l'attribution de l'indemnité d'assurance

(1) Cass., 28 juin 1831, S. 31. 1. 291 ; — 20 déc. 1859, S. 60. 1. 24 ; — 31 déc. 1862, D. 63. 1. 423 ; — Douai, 3 janvier 1872, S. 73. 2. 274.

(2) De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurance.

aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, reposait sur des considérations impérieuses d'équité ; il est, en effet, contraire aux principes de la plus vulgaire justice de dépouiller les créanciers privilégiés ou hypothécaires de ce qui, dans le patrimoine de leur débiteur, vient remplacer le gage dont ils jouissaient jusqu'alors. L'assurance, dit-on, ne doit pas être une source de profit ; comment concevoir alors que les créanciers chirographaires voient, grâce au sinistre, leurs droits acquérir une énergie nouvelle ? Si la compagnie, usant d'une faculté qu'elle se réserve dans la plupart des polices, reconstruisait l'immeuble détruit au lieu de verser l'indemnité, il est certain que les créanciers privilégiés ou hypothécaires pourraient faire valoir leurs droits sur le nouvel édifice. Que penser d'une opinion qui fait dépendre les droits de ces créanciers d'une circonstance toute extérieure ? De plus, dit-on, l'hypothèque doit porter sur des immeubles ; elle ne peut donc s'exercer sur une créance essentiellement mobilière. Si cet argument était exact, on pourrait dire que le droit de tout créancier hypothécaire est illusoire. Il n'aurait que la faculté de demander le délaissement au détenteur actuel. Aussi, le Code civil dit que le créancier hypothécaire peut se faire payer par préférence sur le prix provenant de la vente de l'immeuble hypothéqué. Pourquoi l'indemnité d'assurance ne serait-elle pas attribuée par préférence au créancier hypothécaire au même titre que le prix

de la vente ? C'est parce que, dit la jurisprudence, en cas de vente, le prix représentant l'objet vendu, le droit du créancier hypothécaire passe de la chose sur ce qui en est la représentation. L'indemnité d'assurance, au contraire, n'est que la contre-partie des primes et non la représentation de l'objet sinistré. Cette conception, répliquent nos auteurs, exacte au point de vue de l'assureur, ne l'est plus au point de vue de l'assuré : l'assureur doit l'indemnité parce qu'il a reçu des primes ; l'assuré, outre le paiement des primes, doit avoir un intérêt assurable. Dans une hypothèse particulière, la jurisprudence contredit d'ailleurs elle-même le principe sur lequel elle prétend faire reposer son opinion : un immeuble propre de l'un des époux vient à périr ; il était assuré ; l'indemnité d'assurance est une créance mobilière, elle devrait donc logiquement tomber dans la communauté, d'après cette théorie. Or, la jurisprudence admet que cette indemnité est due à l'époux sinistré (1). L'indemnité représente donc la chose détruite (2).

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est bon de remarquer qu'avant 1889, le créancier, afin

(1) Bordeaux, 29 mars 1857, D. 58. 2. 51.

(2) En ce sens, Colmar, 25 août 1826, S. 28. 2. 17 ; — Boudousquié, Assurances terrestres, n^{os} 316 et s. ; — Martineau des Chesnez, Réalisation du gage hypothécaire, p. 223 ; — Chauveau, S. 1831. 1. 291.

d'éviter toute contestation, se faisait céder, par le débiteur, sa créance éventuelle contre la Compagnie. La loi nouvelle lui accorde directement ce que jusqu'alors il ne pouvait obtenir que par un moyen détourné.

La validité de la cession de l'indemnité d'assurance n'est pas contestée. On peut céder des droits éventuels ou conditionnels, et les créances de même nature sont, tout aussi bien que les droits déjà ouverts, susceptibles de cession. « Ainsi, disent MM. Aubry et Rau (t. IV, § 359), on peut céder l'action en indemnité contre une compagnie d'assurance ou le recours éventuel contre les locataires et voisins, avant l'arrivée du sinistre qui donnera ouverture à cette action ou à ce recours. »

Le créancier hypothécaire peut obliger le propriétaire emprunteur à faire assurer la chose offerte en gage, en faisant de cette assurance et de la cession du bénéfice qui pourra en résulter, une condition *sine qua non* de son prêt. C'est en quelque sorte l'assurance obligatoire; s'il ne l'a pas fait dans l'acte même de prêt, le créancier peut évidemment l'obtenir encore plus tard de son débiteur, et le résultat sera le même. Le Crédit Foncier de France exige que la police d'assurance soit annexée à la minute du contrat de prêt ou qu'il soit constaté qu'elle lui a été remise. Il considère la cession de l'indemnité comme un nantissement dont la validité est subordonnée à

l'accomplissement des formalités édictées par les articles 2074, 2075 et 2076 du Code civil.

Il faut appliquer à la cession de l'indemnité d'assurance les règles générales de la cession de créance contenues dans les articles 1689 et suivants du Code civil.

Entre les parties, c'est-à-dire entre l'assuré et son créancier, la propriété du droit cédé se transmet par le seul effet de l'accord de leur volonté (art. 1138). Quant aux tiers, ils sont soumis aux formalités indiquées dans l'article 1690 du Code civil : la signification du transport faite au débiteur, ou l'acceptation de ce transport faite par celui-ci dans un acte authentique. Elles ne sont pas nécessaires pour réaliser la cession, mais elles le sont pour rendre cette cession opposable aux tiers.

Quels sont les tiers visés par l'article 1690 ? Ce sont tous ceux « qui peuvent prétendre à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession, à laquelle d'ailleurs ils sont demeurés étrangers, tend à anéantir ou à restreindre. » (1)

Ainsi le débiteur cédé, qui est ici l'assureur, est un tiers : il est étranger à la cession, mais a intérêt à la connaître pour savoir entre les mains de qui il devra à l'occasion payer l'indemnité.

(1) Huc, Traité théorique et pratique de la cession et transmission des créances.

D'autre part, les créanciers de l'assuré sont aussi des tiers : ils sont étrangers au contrat de cession qui cependant les intéresse, car il fait sortir du patrimoine formant leur gage commun, un bien qui donne à leur créance plus de garantie, et par conséquent plus de valeur.

Enfin le cessionnaire lui-même a intérêt à savoir si l'indemnité qu'il veut se faire céder n'a pas encore été l'objet de précédentes cessions de la part de l'assuré, et si ces précédentes cessions ont été ou non signifiées.

« La signification en soi, dit Huc (1), n'est autre chose qu'un acte officiel par lequel le débiteur est informé que la créance, dont il est tenu d'acquitter le paiement entre les mains du créancier original, est passée dans le patrimoine d'un autre qu'il devra désormais considérer comme le seul créancier. »

Elle a pour but d'abord de faire connaître à l'assureur la cession de l'indemnité ; ensuite d'empêcher l'assureur de payer désormais valablement à l'assuré l'indemnité éventuelle.

En exigeant que le débiteur cédé ait connaissance de la cession, le législateur a eu l'intention de rendre public le transport de la créance. Il a pensé que c'est vers le débiteur cédé que les tiers se renseigneraient du sort de la créance. Par le fait de la signi-

(1) Huc, loc. cit.

fication, l'indemnité est légalement et définitivement sortie du patrimoine de l'assuré à l'égard de tous ; l'assuré n'a plus aucun droit sur cette indemnité et une cession postérieure ne pourrait plus être par lui consentie.

Il importe que la signification soit datée : c'est une condition essentielle de sa validité. D'autre part, avant la loi de 1889, la date avait une autre importance considérable, c'est qu'elle déterminait l'ordre dans lequel l'indemnité devait être attribuée aux différents créanciers cessionnaires. Le premier en date primait tous les autres.

Le cessionnaire peut également être saisi d'après l'article 1690 par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. En pratique, elle est une des clauses du contrat de prêt et « prouve ainsi d'une façon plus irréfragable encore la connaissance de la cession par le cédé, puisque celui-ci, qui joue un rôle passif dans la signification, joue un rôle actif dans l'acceptation. » (1)

La loi de 1889, dans son article 2, est venue établir de plein droit ce transport de l'indemnité sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse et le dispenser de la notification nécessaire autrefois pour rendre la cession opposable aux tiers. « Ce texte, dit M. Pannier, éveille l'idée que les effets de l'attribution légale

(1) Colmet de Santerre, t. VII, n° 136 bis

sont ceux d'une délégation tacite, dispensée de notification. Mais pour que l'attribution légale produise en fait les mêmes avantages qu'une délégation, il n'est pas nécessaire qu'elle emprunte sa nature et en réalise tous les effets. » (2)

L'attribution de l'indemnité n'a pas changé de nature en vertu de la loi de 1889. Elle se faisait par une cession, elle se fait encore par une cession. Par conséquent sous ce rapport, elle a conservé les mêmes effets qu'auparavant : les effets de la cession. Mais celle-ci a changé de caractère ; de conventionnelle qu'elle était, elle est devenue légale et dispensée de notification. A ce point de vue, ses effets ne sont plus les mêmes à l'égard des personnes vis-à-vis desquelles cette notification était nécessaire, c'est-à-dire à l'égard des créanciers.

Le principe qui a inspiré le législateur en 1889 nous paraît bon en soi ; il nous semble juste que les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires puissent être transportés sur l'indemnité d'assurance, il nous paraît équitable de reconnaître aux propriétaires et aux voisins un droit exclusif sur l'indemnité des assurances de responsabilité dont nous avons parlé.

L'origine de nos textes doit être recherchée dans les diverses tentatives qui furent faites pour organi-

(2) Pannier, De l'attribution des indemnités d'assurance.

ser, en France, le crédit agricole. En 1882, une commission législative étudie un projet de loi déposé par le gouvernement, contenant un article 16 ainsi conçu : « Tous les privilèges mobiliers s'exercent dans l'ordre de leur classement sur les indemnités dues par les Compagnies d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux et les autres risques agricoles. »

Le ministre de la Justice, dans l'exposé des motifs, fit remarquer que, comme cette disposition consacrait un principe juste dont la portée était générale, il verrait avantage à la détacher d'un projet de loi exclusivement relatif à l'organisation du crédit agricole et à en faire l'objet d'une loi particulière.

Le projet résultant de la délibération de la Commission supprime le mot « agricole ». C'est une première extension du projet primitif : l'attribution de l'indemnité d'assurance profite à tous les privilèges mobiliers.

En 1883, il n'est encore question ni des hypothèques, ni des privilèges immobiliers. En 1887, dans le texte soumis au Sénat, cette restriction ne se retrouve plus. L'article 2 existait tel qu'il est ou à peu près. Les articles 3 et 4 sont l'œuvre de M. Lacombe.

Le projet déposé à la Chambre fut voté sans discussion aucune, en première lecture le 26 janvier 1889 et en seconde lecture le 5 février de la même année (rapporteur M. Maunoury).

L'article 2 de la loi du 19 février 1889 reconnaît aux créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'assuré un droit à l'indemnité d'assurance due par l'assureur à l'assuré. Quelle est la nature de ce droit ? Les uns y voient une subrogation personnelle (1) ; d'autres, s'emparant des mots « sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse », y ont vu une délégation tacite, existant de plein droit et rendant inutile toute délégation conventionnelle (Lacombe : Sénat, 6 mars 1888, *Journ. off.*, 1888, p. 254.)

Cette dernière opinion a été adoptée par un jugement du tribunal de Brives du 18 décembre 1889 (2). Ce jugement voit dans le droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires une délégation tacite, existant de plein droit et rendant inutile toute délégation conventionnelle. En d'autres termes, par le seul effet de la loi, tout lien de droit disparaît, à partir du sinistre, entre l'assureur et l'assuré ; l'assureur devient le débiteur direct des créanciers hypothécaires

(1) M. Lenoël, dans la séance du Sénat du 2 février 1888, proposait l'amendement suivant : « L'article 1251 du Code civil est ainsi complété : 5° au profit des propriétaires des immeubles incendiés, créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang, pour les indemnités dues par les Compagnies d'assurance contre l'incendie, la grêle, la mortalité des bestiaux ou des autres risques. » Le 10 février, le rapporteur fit rejeter cet amendement en faisant remarquer que la subrogation personnelle suppose toujours un paiement.

(2) D. 93. 2. 53.

ou privilégiés. A l'appui de cette solution, le tribunal argumente des termes mêmes de l'article 2 que nous rapportons plus haut. Il invoque d'abord cette expression de la loi que « l'indemnité est attribuée aux créanciers » : il y a attribution, c'est à-dire transfert direct, par le seul effet de la loi, de la somme due aux créanciers. Il s'empare ensuite de ces mots du texte « sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse ». Le tribunal de Brives aurait pu encore, en faveur de son système, invoquer ce passage du discours prononcé au Sénat par M. Lacombe, dans la séance du 6 mars 1888 : « Désormais, disait l'honorable sénateur, à côté de la délégation conventionnelle, il existera une délégation de plein droit, au profit des créanciers privilégiés et hypothécaires. » (1)

Toutefois, l'opinion ainsi consacrée par le tribunal de Brives n'est pas celle qu'admettent les auteurs. MM. Darras et Tarbouriech, s'appuyant sur les travaux parlementaires de la loi, rattachent la solution de l'article 2 de la loi de 1889 à la théorie des hypothèques : il s'ensuit que la faculté d'agir sur l'indemnité d'assurance n'appartient, en principe, aux créanciers privilégiés et hypothécaires que dans les mêmes conditions où ils auraient pu se faire colloquer sur le prix de l'immeuble. C'est en ce sens, font ils remarquer, que s'est exprimé au Sénat le rapporteur de la

(1) Journ. Off. Débats Parlementaires, Sénat, 1888, p. 254.

loi : « Le but de l'article 2, a dit M. Labiche, est de
» faire porter sur l'indemnité due en cas de sinistre
» d'un objet assuré, les privilèges et hypothèques
» existant sur cet objet ; en un mot, l'article 2 assi-
» mile, sans qu'il soit besoin de stipulation expresse,
» l'indemnité au prix, c'est-à-dire permet d'exercer,
» en cas de sinistre, sur les indemnités dues par les
» assureurs, le droit de préférence qui, en cas de
» vente, aurait été exercé sur le prix de l'objet assu-
» ré. » (1) A la Chambre, M. Maunoury, rapporteur,
tient le même langage.

D'ailleurs, la jurisprudence elle-même semble
avoir abandonné le système préconisé en 1889, par
un jugement du tribunal de Vienne du 11 août 1891.
Voici l'espèce dont il s'agissait : à la suite de l'incen-
die d'une maison, la Compagnie l'Urbaine, à laquelle
l'immeuble était assuré, se refusa à payer l'indem-
nité d'assurance, tant qu'il ne lui serait pas justifié
de la situation hypothécaire de cet immeuble. Dans le
jugement précité, le tribunal de Vienne condamne
la Compagnie l'Urbaine à payer le montant de
l'assurance aux créanciers opposants :

« Attendu, dit le jugement, que la Compagnie
» l'Urbaine déclare être prête à payer à Givord
» l'indemnité lui revenant, et déclare en même temps

(1) Journ. Off. Doc. parl. 1888, Sénat, séance du 10 février,
p. 132.

» s'en rapporter à la justice sur l'application de la
» loi du 19 février 1889, n'entendant assumer aucune
» responsabilité quant au paiement ;

» Attendu que tous les créanciers de Givord qui
» ont fait connaître leur existence et formé des oppo-
» sitions ont déclaré y renoncer ;

» Attendu que, dans ces conditions, la Compagnie
» ne peut pas rechercher, au moyen de l'examen de
» la situation hypothécaire, s'il existe d'autres créan-
» ciers pour leur verser la somme revenant à Givord ;
» que, s'il en était ainsi, la loi aurait impérative-
» ment déclaré que la Compagnie ne pouvait se libé-
» rer valablement que sur la production d'un certi-
» ficat négatif d'inscription ;

» Attendu qu'elle exige l'absence d'opposition et
» la bonne foi, c'est-à-dire à ce dernier point de vue,
» un ensemble de circonstances repoussant toute
» idée de précipitation de la part de la Compagnie
» pouvant être considérée comme une sorte de conni-
» vence avec le débiteur ;

» Attendu, dans la cause, que le temps qui s'est
» écoulé depuis le sinistre, sa notoriété, les opposi-
» tions de quelques-uns des créanciers permettent
» à la Compagnie l'Urbaine de se dessaisir de la
» somme qu'elle doit sans encourir aucune reponsa-
» bilité ;

» Attendu que néanmoins, en présence des ter-
» mes vagues et généraux de la loi, on ne serait
» blâmer la Compagnie l'Urbaine d'avoir apporté

» certaine résistance au paiement, ne voulant pas se
» faire juge des circonstances de la cause qui, à
» raison de certaines oppositions existantes et révélé-
» lant d'autres créanciers, exigeaient plus de circons-
» pection de la part de la débitrice. »

D'après ce jugement, on voit qu'il est utile que les créanciers qui ont un privilège ou une hypothèque sur un immeuble en avertissent la Compagnie d'assurance de préférence par un acte extra-judiciaire. On mentionnera dans l'acte d'obligation hypothécaire une délégation d'indemnité qui sera signifiée à la Compagnie.

L'assureur ne saurait être tenu de relever un état des inscriptions ou d'exiger de l'assuré la production de cet état. Il faudrait, pour cela, qu'une disposition de la loi l'eût exigé. Mais au contraire, le paragraphe 2 de l'article 2 de la loi du 19 février 1889, dispose que tout paiement fait de bonne foi avant opposition est valable. « L'opposition est valable, quelle qu'en soit la forme, puisque la connaissance acquise même accidentellement par l'assureur, du fait que l'opposition doit lui révéler, suffit pour empêcher la validité du paiement ». (1) Il en résulte clairement que les créanciers qui ont des droits sur l'indemnité d'assurance doivent les faire connaître à l'assureur. En raison de cette situation, un député,

(1) Pannier, p. 26 : De l'attribution des indemnités d'assurances et de quelques autres indemnités.

M. Reyer, a déposé une proposition de loi, afin de compléter la loi du 19 février 1889. D'après cette proposition, l'inscription hypothécaire vaudrait opposition et l'assurance serait tenue de lever un état des inscriptions.

Pour terminer ce chapitre, il nous reste à examiner sommairement l'état de la législation étrangère relative à la question du transfert des indemnités d'assurances.

En *Belgique*, la loi du 16 décembre 1851, article 10, s'exprime ainsi : « Lorsqu'un immeuble, des » récoltes, ou des effets mobiliers ont été assurés » soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, » la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due » par l'assureur, devra, si elle n'est pas appliquée » par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée » au paiement des créances privilégiées ou hypothé- » caires selon le rang de chacune d'elles. Il en sera » de même de toute indemnité qui serait due par » des tiers à raison de la perte ou de la détérioration » de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque. » La loi du 11 juin 1874 consacre ses articles 6, 7 et 8 à la question de l'attribution de l'indemnité d'assurance (1).

En *Italie*, l'article 12 de la loi de 23 janvier 1887 est ainsi conçu : « Si les objets soumis au privilège

(1) Ann. lég. étr., 1880, p. 451.

» sont assurés, les sommes dues par les assureurs,
» à titre d'indemnité pour pertes ou dommages, sont
» affectées au paiement de la créance privilégiée,
» selon son rang, à moins que ces mêmes sommes
» ne soient employées à réparer la perte ou le dom-
» mage. » (1)

En *Prusse*, la loi du 5 mai 1872 sur le régime hypothécaire a décidé que l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière garantit l'indemnité d'assurance allouée au propriétaire pour fruits, dépendances ou bâtiments incendiés ou endommagés par le feu, à moins que cette indemnité ne doive être employée, d'après la police d'assurance, à la reconstruction des bâtiments (2).

Dans la *République Argentine*, la loi du 24 septembre 1886, qui crée une banque hypothécaire nationale, reconnaît à celle-ci le droit d'exiger du propriétaire qu'il assure les biens offerts ou déjà donnés en hypothèque (art. 37). En cas de sinistre, le montant de l'indemnité est touché par la banque.

(1) Ann lég. étr., 1888, p. 496.

(2) Ann. lég. étr., 1873, p. 225.

CHAPITRE V

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

La fréquence de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée dans les contrats d'obligation passés solidairement par les époux nous oblige à consacrer un chapitre spécial à cette importante matière. Sans doute, le débiteur affecte bien les immeubles qu'il possède au remboursement de sa dette, mais le créancier court toujours le risque d'être primé sur ces biens par la femme de son débiteur, dont l'hypothèque générale et occulte est pour lui une perpétuelle menace. En subrogeant le créancier dans ses droits éventuels, la femme facilite le crédit de son mari et lui rendra service. C'est pourquoi, après l'affectation hypothécaire, le créancier exigera une sûreté de plus en demandant à la femme du débiteur de le subroger à ses droits et actions contre son mari. Il le fera en ces termes :

« Pour plus de sûreté, Mme X..., autorisée de

» son mari, cède et transporte à M. Y., qui accepte,
» somme égale au montant en capital, intérêts et
» accessoires dans la présente obligation à prendre
» par priorité et préférence à elle-même et à tous
» futurs cessionnaires dans les droits, créances,
» reprises et avantages matrimoniaux qu'elle a et
» pourra avoir à exercer contre son mari, en vertu
» de la loi, de leur contrat de mariage ou de tous
» autres titres ; à l'effet de quoi elle le met et subroge
» jusqu'à due concurrence et avec lesdites préfé-
» rence et priorité dans l'effet de son hypothèque
» légale contre son mari, mais seulement en ce
» qu'elle frappe les biens ci-dessus hypothéqués.
» M. X... déclare se tenir le transport pour signi-
» fié. »

La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée est une institution créée par la pratique notariale et formellement consacrée par la loi aujourd'hui. Au moyen de l'hypothèque légale on avait cru protéger la femme contre les agissements du mari. Vérité incontestable ! sans doute, mais qui engendre souvent de fâcheuses entraves. C'est alors qu'une idée féconde surgit : transformer en instrument de crédit l'hypothèque de la femme pour faciliter certains arrangements de famille devenus impossibles à réaliser. Cette idée va devenir la source de stipulations diverses qui peuvent se résumer ainsi : ou la femme cèdera à un tiers les avantages qui découlent de l'hypothèque légale, ou elle s'enga-

gera à ne point s'en prévaloir à son préjudice. Ces stipulations, malgré leur diversité d'aspect, sont appelées d'un même nom : subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Pour bien saisir l'utilité et la portée des divers contrats imaginés par la pratique relativement à l'hypothèque légale de la femme mariée, il convient de jeter un coup d'œil sommaire sur cette hypothèque et sur la manière dont le Code civil l'a comprise et organisée. La loi accorde à la femme mariée une hypothèque légale sur tous les biens de son mari : tant biens présents que biens à venir (art. 2121 et 2122). Elle est donc générale, ce qui est contraire aux principes de notre droit en matière hypothécaire. D'autre part, elle procure des rangs de collocations divers pouvant remonter même au moment du mariage. Enfin, dispensée de toute inscription pendant la durée de l'union conjugale, cette hypothèque reste occulte, ce qui peut créer de graves difficultés.

L'hypothèque légale de la femme primera donc généralement les hypothèques conventionnelles que le mari consentira sur ses biens qu'elle grève déjà. Aussi porte-t-elle une grave atteinte au crédit du mari et les prêteurs de deniers hésiteront souvent à accepter ce dernier comme débiteur, par crainte de cette hypothèque occulte dont ils ne peuvent par avance déterminer la portée. C'est pourquoi certaines stipulations interviendront pour mettre le créancier à l'abri de ce danger. La subrogation, en effet, per-

mettra au créancier d'utiliser l'hypothèque de la femme à son profit. De plus, la subrogation transformera l'hypothèque en instrument de crédit. Enfin, si le mari vend un immeuble à l'amiable, l'acquéreur en faisant renoncer la femme à son hypothèque sur cet immeuble, évitera la purge et se libérera du droit de suite.

La subrogation ne fut réglementée à l'origine par aucune disposition législative. Certains auteurs ont même contesté sa validité. M. Beudant écrivait à ce sujet que « la subrogation établit conventionnellement, exceptionnellement, les préférences en sous-ordres et fait revivre les sous-hypothèques » (1). Aujourd'hui la question est législativement tranchée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

En nous occupant de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée nous étudierons successivement : 1° sa nature ; 2° les cas où elle est possible ; 3° les formalités qu'elle exige ; 4° son étendue et ses effets ; 5° la loi du 13 février 1889.

§ I^{er}. — SA NATURE

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 qui a réglementé pour la première fois la subrogation est ainsi conçu : « Dans le cas où les femmes peuvent céder

(1) Beudant, Cours de droit français, t. II, §. 837.

leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique ; et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Cet article étant le seul texte que nous possédions sur la matière, c'est par son interprétation qu'il nous faudra rechercher quelle est la nature de la subrogation. Plusieurs opinions se sont fait jour à ce sujet. Disons d'abord que, malgré le nom de subrogation donné à cet acte, cette stipulation ne constitue point une subrogation proprement dite, résultant du paiement d'une créance, parce que la femme ne reçoit pas en général du tiers qu'elle subroge la somme pour laquelle sa subrogation est consentie.

La subrogation à l'hypothèque légale est-elle un nantissement ? C'est l'opinion soutenue par M. Bénéch (2). Cependant il nous est impossible d'admettre cette solution. Les formalités exigées par les articles 2075 et 2076 du Code civil en cas de nantis-

(1) Bénéch, Le nantissement appliqué aux reprises de la femme, p. 13.

sement font ici défaut. Il ne peut, en effet, être question, dans notre hypothèse, d'une tradition au créancier, puisque les reprises de la femme sont indéterminées et ne peuvent être évaluées qu'à la dissolution du lien conjugal.

D'autres auteurs, reconnaissant le vice du système précédent, disent que nous sommes en présence d'un nantissement *sui generis*, qu'ils appellent « cautionnement réel » (1) dispensé de tradition. Cette opinion est contraire à l'essence même du gage qui exige une mise en possession.

On soutient encore que la subrogation n'est qu'un échange de rang entre la femme et le créancier (2). Cette idée est contraire à la nature même de la subrogation. Celle-ci, en effet, transfère la totalité des droits hypothécaires de la femme et peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire, résultat que ne saurait obtenir la cession d'antériorité.

Pouvons-nous voir dans la subrogation la cession d'une créance déterminée, entraînant comme conséquence la transmission de l'hypothèque ? Nullement, car la femme, quand elle subroge d'une manière générale, transmet au subrogé l'hypothèque qui garantit ses créances actuelles et futures ; et elle ne

(1) Aubry et Rau, Cours de droit civil français t. III. §. 288.

(2) Gauthier, Subrogation, Journal du Palais, 1855, I, p. 5

pourrait effectuer le transport eu égard à une créance qui n'aurait point encore pris naissance.

Pour résoudre la question, nous nous rattacherons à l'opinion suivante émise par M. Planiol (1) : « La nature exacte de ces conventions, écrit-il, est restée longtemps dans l'incertitude, et rien n'était moins précis et moins fixé que les termes dans lesquels elles étaient rédigées. Souvent on les considérait comme portant sur la créance elle-même, en même temps que sur l'hypothèque. C'était une cause d'erreur, qui les faisait assimiler tantôt à une cession de créance, tantôt à une subrogation, tantôt à une délégation ou à un nantissement. Sans doute il est permis aux parties de faire l'une quelconque de ces conventions sur les droits et actions de la femme ; mais alors il faut se référer aux règles propres à ces différents contrats, et nous n'avons rien de particulier à en dire ici ; mais les conventions de ce genre se font de plus en plus rares, et peu à peu une autre notion s'est dégagée : on a reconnu qu'il y avait là une convention d'un genre particulier, ayant uniquement pour objet l'hypothèque de la femme. Et c'est là un point qu'on ne doit jamais perdre de vue dans toute cette étude : la femme dispose de son droit hypothécaire et se réserve sa créance. »

(1) Planiol, Droit Civil, t. II, n° 3459.

§ 2. — CAS OÙ ELLE EST POSSIBLE

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 n'indique pas formellement les cas où la subrogation est possible. Il s'exprime ainsi : « Dans le cas où les femmes mariées peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer.... » Par cette forme volontairement évasive donnée au principe posé, le législateur a voulu laisser toute latitude aux parties contractantes et leur permettre de se référer aux principes généraux. D'après ces principes, la femme mariée majeure, autorisée de son mari ou de justice, pourra subroger un tiers à son hypothèque légale, sauf les réserves admises si elle est mariée sous le régime dotal. Nous disons d'abord qu'il faut que la femme soit majeure : la femme mineure, en effet, ne peut consentir subrogation à son hypothèque légale ; le mariage, sans doute, l'a émancipée, mais la subrogation, vu ses conséquences, doit être classée dans la catégorie des actes interdits au mineur émancipé par l'article 484 du Code civil.

En second lieu, il est certain que la femme dotale ne peut subroger personne à son hypothèque légale, garantissant ses reprises dotales qui sont inaliénables. Mariée sous tout autre régime, la femme pourra

librement consentir subrogation à son hypothèque légale. Cependant, la clause d'inaliénabilité pourra être stipulée sous un autre régime matrimonial, en vertu du principe de liberté des conventions qui régit cette matière. Dans ce cas, la femme ne pourra consentir subrogation en ce qui concerne ces biens frappés d'inaliénabilité.

Même mariée sous le régime dotal, la femme peut avoir des reprises paraphernales à exercer : dans ce cas et pour ses paraphernaux, la subrogation sera permise. Ce sera au juge, qui aura à interpréter le contrat de mariage, à se prononcer sur la validité de la subrogation : il décidera donc que la femme a pu valablement subroger pour ses reprises paraphernales (1).

De même si, dans son contrat de mariage, la femme dotale stipule qu'elle aura la faculté de subroger pour ses biens dotaux, les subrogations ainsi consenties seront valables (2).

La Cour de cassation refuse à la femme dotale le droit de subroger quand la clause qui lui permet d'aliéner ses biens dotaux lui permet d'en toucher le prix et d'en disposer « comme bon lui semblera pour ses besoins et affaires » (3).

En ce qui concerne la dot mobilière, nous donne-

(1) Cass., 27 mars 1893, S. 95. 1. 34.

(2) Cass., 2 février 1870, S. 70. 1. 284.

(3) Cass., 21 août 1866, P. 1866, 1171.

rons la même solution : la subrogation est impossible parce que la dot mobilière comme la dot immobilière est inaliénable aux yeux de la jurisprudence(1).

Il est des cas cependant où la femme dotale pourra consentir subrogation à son hypothèque légale : il en sera ainsi dans les hypothèses prévues par les articles 1555, 1556 et 1558 du Code civil qui autorisent la femme à aliéner ou hypothéquer ses immeubles dotaux.

Si le contrat de mariage stipulant le régime dotal est annulé, la femme, se trouvant mariée sous le régime de communauté légale, pourra alors consentir la subrogation impossible auparavant.

En cas de séparation de biens, l'inaliénabilité dotale subsiste, bien que la femme recouvre l'administration de ses biens. La subrogation qu'elle voudrait consentir en vertu de l'article 1558 du Code civil devra être autorisée par la justice.

De même en cas de séparation de corps : depuis la loi du 6 février 1893, « la femme séparée de corps recouvre sa pleine capacité, mais l'inaliénabilité dotale subsiste toujours et rend inutile toute subrogation ».

En dehors du régime dotal, la femme pourra, par des clauses insérées dans son contrat de mariage, rendre ses reprises inaliénables. Mais il faut qu'il n'y

(1) Cass., 12 août 1846, D., 46. 4. 296.

ait aucun doute à ce sujet. La Cour de cassation a posé en principe « que s'il est permis aux époux, en adoptant le régime de la communauté, d'emprunter au régime dotal quelques-unes de ses garanties, ils ne sauraient le faire qu'en termes assez explicites pour que les tiers ne puissent être induits en erreur » (1).

On s'est demandé à ce propos si la clause de reprise d'apports francs et quittes au cas de renonciation à la communauté, imprimerait à l'apport un caractère de dotalité mettant obstacle à son aliénation? La jurisprudence répond par la négative et permet dans ce cas à la femme de consentir subrogation à son hypothèque légale (2).

Il faut donc conclure que, sous le régime dotal, il est seulement défendu à la femme de subroger à son hypothèque garantissant ses reprises dotales et inaliénables; et que, sous les autres régimes, sa liberté de subroger ne peut être restreinte que par une clause formelle d'inaliénabilité créant une sorte de régime dotal partiel (3). C'est l'opinion de la grande majorité de la Doctrine.

(1) Cass., 2 décembre 1872, D. 72. 4. 398.

(2) Cass., 13 août 1860, D. 61. 1. 263.

(3) Guillouard, n° 1723.

§ III. — FORMALITÉS QU'ELLE EXIGE.

Les formalités exigées pour la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée sont, en dehors de l'autorisation maritale ou de justice, requise pour tous les actes que la femme mariée veut accomplir, l'authenticité et la publicité. Avant la loi de 1855, la forme authentique n'était point requise ; la date seule réglait l'ordre de préférence entre les divers subrogés. Cette grave lacune a été comblée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Nous allons étudier séparément l'authenticité et la publicité.

1. *Authenticité*

Un acte authentique est formellement exigé par la loi de 1855 pour toute subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Cet acte est requis ad solemnitatem, c'est-à-dire comme devant servir de base à la publicité qui ne peut être réalisée qu'en vertu d'un acte authentique, selon les règles de notre régime hypothécaire. L'acte de subrogation doit donc être authentique, non seulement pour protéger les créanciers contre toute fraude de la femme, mais surtout parce qu'il doit servir de base à une ins-

cription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel.

La loi de 1855 exige un acte authentique, mais à la différence de l'article 2127 du Code civil qui régit sur ce point l'hypothèque conventionnelle, cet acte peut n'être pas un acte notarié. Dès lors on pourra s'en référer à l'article 1317 du Code civil : tout officier public compétent pourra dresser cet acte en se conformant aux formalités requises. Cependant, en général, c'est devant un notaire que comparait la femme subrogeante, soit en intervenant dans l'acte constatant l'obligation consentie par son mari, soit en subrogeant par acte séparé.

L'authenticité servant de base à la publicité est requise à l'égard des tiers vis-à-vis desquels le subrogé n'est saisi que par l'inscription directe ou la mention en marge. Par tiers, nous entendons « les personnes qui, n'ayant point été parties au contrat de subrogation, ont intérêt à contester au subrogé les avantages résultant de la cession de l'hypothèque consentie par la femme sans que l'on doive se préoccuper de la nature du droit en vertu duquel elles agissent » (1).

L'acte de subrogation devra donc être solennel et la femme elle-même pour la Cour de cassation a le droit de demander la nullité de la subrogation qu'elle

(1) Mérygnac, p. 80.

a consentie par acte sous seing privé (1). En dehors de la femme, les subrogés postérieurs, les créanciers hypothécaires tant du mari que de la femme et même, pour certains auteurs (2), les créanciers chirographaires de cette dernière peuvent invoquer la nullité de l'acte.

2. *Publicité*

En dehors de l'authenticité, l'article 9 de la loi de 1855 exige la publicité de la subrogation pour établir l'ordre suivant lequel les subrogés exerceront les droits hypothécaires de la femme. C'est l'application de la maxime romaine : *potior tempore, potior jure*. L'article 9 s'exprime ainsi : « Les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. »

Le créancier peut donc d'abord procéder par la voie de l'inscription directe. Il devra dans ce cas se conformer à l'article 2153 du Code civil pour fournir les indications nécessaires, c'est-à-dire : 1^o les nom, prénoms, profession, domicile et élection de domicile du créancier ; 2^o les nom, prénoms, profession et domicile du débiteur ; 3^o la nature des droits à con-

(1) Cass., 22 nov. 1880.

(2) Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n^o 107 bis.

server et le montant de leur valeur. En dehors de ces énonciations, l'article 9 de la loi de 1855 veut que l'hypothèque légale soit inscrite au profit du subrogé. Ce dernier devra donc donner des indications en ce sens.

Si l'hypothèque légale a été déjà inscrite au nom de la femme, le subrogé fera mentionner sa subrogation en marge de l'inscription requise. C'est le second mode de publicité indiqué par l'article 9. Le sort de cette mention dépendra de celui de l'inscription à la suite de laquelle elle est faite. Elle ne produirait aucun effet utile si l'inscription qui lui sert de base était nulle. Aussi, pour éviter un pareil inconvénient, nous conseillerons au créancier, bien que l'hypothèque de la femme soit inscrite, de prendre à son profit une nouvelle inscription. C'est un droit pour lui puisque la loi lui laisse le choix des moyens.

Le créancier subrogé qui a pris inscription doit se soumettre au renouvellement décennal imposé par l'article 2154 du Code civil. Un arrêt de la Cour de Caen l'a ainsi décidé (1).

La loi, après avoir exigé la publicité, ne fixe pas le délai dans lequel elle devra être effectuée pour que la subrogation soit valable et opposable aux tiers. Il faut distinguer selon que le subrogé s'inscrit directement ou se contente d'une mention en marge.

(1) Caen, 18 nov. 1878, D. 79. 2. 241.

En cas d'inscription directe, il suffit que la formalité soit remplie pendant que la femme a encore le droit de s'inscrire elle-même. Dès lors, toute inscription opérée après la transcription du titre d'où résulte l'aliénation, si les biens du mari ont été l'objet d'une vente à la suite de laquelle les hypothèques légales sont purgées de plein droit, ne produira aucun effet, le cours des inscriptions étant définitivement arrêté.

En cas de mention en marge, il est certain d'une part que la mention peut être faite tant que l'inscription peut être requise. Après la transcription, la mention peut-elle être faite ? La Cour de cassation, assimilant la mention à l'inscription, la déclare nulle après la transcription (1).

§ IV. — SON ÉTENDUE ET SES EFFETS

1. *Étendue de la subrogation*

Quand la subrogation est générale, elle porte sur tous les biens présents et à venir du mari : en un mot, elle a la même étendue que l'hypothèque légale elle-même. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

(1) Cass., 6 juin 1887, D. 88. 1. 33.

(2) Massé et Vergé, Le droit civil français, t. V, §. 794 ; — Demolombe, Minorité et tutelle, t. II, n^o 31 ; Cass., 24 mai 1869, D. 69. 1. 276.

Mais quand la femme a voulu que la subrogation soit moins étendue que ne l'est son hypothèque légale, le droit du subrogé ne pourra s'exercer que sur les immeubles conventionnellement affectés à la sûreté de sa créance. Il en résulte qu'un créancier chirographaire du mari, subrogé à l'hypothèque légale de la femme aura, quant à cette subrogation, un droit plus étendu que le créancier hypothécaire, pour lequel elle ne s'étend qu'aux immeubles affectés. Cela s'explique parce que la femme, en cédant au créancier chirographaire son hypothèque, l'investit d'une garantie ayant la même étendue que l'hypothèque cédée.

La subrogation s'étend-elle aux immeubles acquis à titre onéreux avec des deniers communs ? La question est controversée et nous n'essayerons pas ici de la résoudre, le cadre de notre sujet ne nous le permettant pas.

2. Effets de la subrogation

Nous allons étudier ces effets à un double point de vue : à l'égard des créanciers subrogés ; à l'égard de la femme.

A. — A l'égard des créanciers subrogés

I. — Droit de préférence

Si les reprises de la femme sont suffisantes, les créanciers subrogés sont colloqués selon leur rang pour le montant de leurs créances. Si les reprises sont insuffisantes, la collocation a lieu dans le même ordre jusqu'à complet épuisement.

Le juge chargé de l'ordre dresse d'abord un règlement provisoire, suivi plus tard du règlement définitif. Dans le règlement provisoire, le juge colloque chacun des subrogés : 1° pour le capital de sa créance ; 2° pour les intérêts conservés au rang de ce capital ; 3° pour les frais ayant droit au même rang ; 4° pour les frais de production et de bordereau, dont il prononce la distraction au profit de l'avoué qui la demande.

Les créanciers subrogés en produisant à l'ordre, s'ils ont une hypothèque conventionnelle, demanderont à être colloqués, en outre, au rang de cette hypothèque, dans le cas où la collocation obtenue à titre de subrogés ne serait pas suffisante.

Dans le règlement définitif, le juge liquide les reprises de la subrogeante et colloque les subrogés d'après l'ordre établi au règlement provisoire jusqu'à leur complet épuisement. Voici comment M. L. Mé-

rignhac et M. A. Mérignhac résument ce règlement définitif: « Dans son règlement définitif, le juge liquidide, en capital, intérêts et frais, chaque créance aliénable de la subrogeante sur laquelle a pu utilement porter la subrogation. Si toutes, au règlement provisoire, ont été classées au même rang, il forme de toutes un total général ; si, au contraire, à raison de leur nature différente, elles y figurent à des rangs divers, conformément à l'article 2135 du Code civil, il établit pour chacune un total spécial et distinct. Puis, sur le total général ou sur chaque total spécial, il colloque le subrogé premier inscrit ou mentionné, d'abord pour son capital, ensuite pour ses intérêts, enfin pour les divers frais venant au rang de la créance. Cela fait, il colloque dans la même mesure le subrogé ayant le second rendu sa subrogation publique ; et ainsi de suite jusqu'à épuisement complet des reprises liquidées. Les subrogés pour lesquels les fonds ont manqué en tout ou en partie recevront satisfaction pour le tout ou pour le complément, s'ils arrivent, d'ailleurs, en rang utile, au moyen de la collocation qu'ils avaient obtenue au règlement provisoire en vertu de leur hypothèque conventionnelle, collocation qui, au contraire, sera déclarée non avenue pour les subrogés colloqués sur les reprises. » (1)

(1) Traité théorique et pratique

II. — Droit de suite.

Le droit de suite du subrogé porte sur tous les biens soumis à la subrogation, mais il ne s'exerce point sur les biens pour lesquels la seule transcription de l'aliénation le fait disparaître, en purgeant de plein droit toutes les hypothèques inscrites ou dispensées d'inscription.

Supposons d'abord que la subrogation ait été rendue publique avant la transcription de l'acte d'aliénation ; dans ce cas le créancier subrogé sera traité comme tout créancier inscrit et jouira des mêmes droits. On se soumettra donc aux formalités prescrites par les articles 2183 et suivants du Code civil.

Si, au contraire, le subrogé s'inscrit après la transcription, mais dans le délai de la purge des hypothèques légales, il ne peut invoquer que les droits que la subrogeante elle-même pourrait invoquer. Or une vive controverse s'est élevée sur la situation de la femme qui s'inscrit dans le délai de la purge des hypothèques légales. Sans discuter la question, nous nous rallierons à un système mixte qui reconnaît que la purge des hypothèques inscrites n'est pas nécessaire, mais qui accorde au créancier à hypothèque légale, pour surenchérir, un délai de quarante jours à partir

de l'inscription (1). Disons, en tout cas, que le meilleur moyen d'éviter des difficultés sur ce point serait d'abroger la disposition législative qui conserve le droit de préférence à la femme non inscrite.

B. — A l'égard de la femme

I. — Droit de préférence

Il faut distinguer selon que la femme a subrogé pour une dette de son mari ou pour une dette personnelle; dans ce dernier cas, la subrogation fait disparaître la créance de la femme puisque le mari, en désintéressant le créancier subrogé, paye la dette de sa femme. La créance de cette dernière étant éteinte, elle ne saurait songer à un recours quelconque à raison de la subrogation réalisée. La perte de sa créance entraîne une perte proportionnelle de son hypothèque légale.

Quand la femme, au contraire, a subrogé pour une dette de son mari, que ce dernier doit définitivement supporter, la solution change. La subrogeante, loin de perdre ses reprises dans la mesure où la subrogation se réalise, reste créancière pour la totalité et peut se faire colloquer hypothécairement dans les ordres qui s'ouvriront.

(1) Pigeau, Procédure civile, II, 442.

Pour aboutir à ce résultat la femme sera investie de l'hypothèque du subrogé de plein droit en vertu de l'article 1251 § 3 du Code civil, que la jurisprudence n'hésite pas à appliquer (1). De plus, elle aura encore une nouvelle hypothèque légale datant du jour de la subrogation.

Ceci demande quelques explications : il est certain d'abord que le créancier hypothécaire, s'il n'avait pas obtenu la subrogation, aurait été colloqué au rang de sa propre hypothèque, après la collocation de tous ceux qui le primaient. Or la femme qui l'a subrogé doit obtenir à ce rang et place ce qu'il aurait obtenu lui-même. D'un autre côté, toute créance de la femme contre son mari se trouvant garantie par une hypothèque qui date du jour de l'obligation, la femme a droit à cette hypothèque à la date de la subrogation, à raison de l'indemnité à elle due de ce chef.

Sans doute la femme ne peut se faire colloquer en vertu de ces deux hypothèques à la fois, et elle doit opter pour l'une ou pour l'autre.

Mais si le créancier est un créancier chirographaire, la situation de la femme change ; par la subrogation elle sacrifie ses droits hypothécaires sans trouver un équivalent chez le subrogé. Pour le paiement de ses reprises, elle n'a que la nouvelle hypothèque légale résultant de la subrogation. La Cour

(1) Lyon, 11 août 1855, D. 57. 2. 12.

de cassation s'est formellement prononcée en ce sens (1).

Quelle est, vis-à-vis du créancier, la situation de la femme, lorsque, au lieu de lui céder son hypothèque d'une manière générale, elle ne s'en dessaisit en sa faveur que jusqu'à concurrence d'une somme déterminée ? Dans ce cas, elle devra laisser colloquer le subrogé au rang de l'hypothèque légale, par préférence à elle-même, pour une somme équivalente au montant de la subrogation.

II. — Droit de suite

Au sujet de l'exercice du droit de suite par la femme, diverses situations peuvent se présenter. Si le subrogé obtient collocation sur le prix d'immeubles qui étaient restés en la possession du mari, la femme conserve son droit de suite sur les immeubles aliénés. Si la subrogation n'a lieu qu'après l'aliénation faite par le mari et que la femme ne puisse invoquer l'hypothèque conventionnelle du subrogé, la femme n'a que son hypothèque légale.

Si le subrogé n'a pas d'hypothèque de son chef sur l'immeuble dont le prix a fait face à sa colloca-

(1) Cass., 21 février 1867, D 67. 1. 465

tion, la femme perd son droit de suite pour la totalité de la collocation dont a bénéficié le subrogé (1).

§ V. — LOI DU 13 FÉVRIER 1889

La loi de 1855 avait soulevé des difficultés relatives à la publicité donnée à la subrogation. On se demandait quelle forme de publicité était requise quand la convention avait été obtenue par l'acquéreur d'un immeuble. Devait-il, comme un créancier, prendre inscription ? ou bien la transcription de son contrat suffisait-elle pour porter la renonciation de la femme à la connaissance des tiers ? La jurisprudence était incertaine sur ce point. La question avait besoin d'être tranchée législativement. Elle le fut par la loi du 13 février 1889, qui ajoute un paragraphe à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Avec cette loi toute controverse a cessé : le texte porte que la transcription suffit pour donner tout son effet à la convention. A partir de cette transcription, l'acquéreur n'a plus à redouter de voir un tiers subrogé par la femme s'inscrire utilement sur son immeuble.

Cette loi s'occupe en outre des conventions extinctives et des conventions translatives relatives à l'hypothèque de la femme mariée. Quand quelqu'un

(1) Aubry et Rau.

obtient de la femme la renonciation à son hypothèque légale, il en résulte que la femme est considérée comme n'ayant plus d'hypothèque. C'est ce résultat qu'indique la loi de 1889 en ces termes : « La renonciation de l'hypothèque en emporte l'extinction et vaut purge... »

Quand la convention est translatrice, cette convention ne transporte pas au créancier la créance de la femme contre le mari. La femme conserve son action en reprise : elle reste créancière du mari, et le tiers qu'elle a subrogé n'a acquis de droit que sur son hypothèque. Il résulte de ce principe que le subrogé ne peut exercer l'hypothèque de la femme qu'aux trois conditions suivantes : 1° qu'il ait lui-même de son propre chef une créance contre le mari ; 2° que la femme soit réellement créancière de son mari le jour des poursuites ; 3° qu'il y ait un immeuble grevé de l'hypothèque.

La loi de 1889 s'occupe aussi des subrogations et renonciations tacites. Nous en retiendrons le principe qu'elle pose : que le concours de la femme à l'acte fait par le mari vaut subrogation tacite au profit du créancier. Cependant, la loi exige des conditions particulières : il faut que la femme ait stipulé comme covenanteuse en même temps que son mari, ou qu'elle se soit engagée avec lui en qualité de garante ou de caution. La loi limite donc le nombre des actes qui peuvent valoir renonciation tacite. Ces conventions tacites sont nécessairement spéciales

et ne produisent d'effet que pour l'immeuble hypothéqué ou aliéné par la convention à laquelle la femme a concouru.

Signalons enfin un conflit prévu par le dernier alinéa de la loi de 1889, entre subrogé et tiers détenteur. La doctrine a renoncé à expliquer cette partie de la loi qui est très confuse. Certains prétendent même que ce conflit est purement imaginaire. Nous ne trouvons rien dans les travaux préparatoires de la loi de 1889 qui puisse nous éclairer sur ce point. Les auteurs de la loi ont certainement édicté là une disposition dont ils n'ont pas compris la portée.

Nous n'insisterons pas plus longuement sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous ne prétendons pas avoir épuisé une matière qui a suscité et suscite encore de nombreux ouvrages. Nous avons seulement voulu, dans ces quelques pages, montrer l'importance de cette convention que l'on rencontre dans la plupart des contrats hypothécaires.

CHAPITRE VI

RECHERCHE DE L'ÉTAT CIVIL DE L'EMPRUNTEUR

En principe, toute personne en France peut consentir valablement une obligation pourvu qu'elle se conforme aux règles posées par la loi française. Cependant cette même loi a apporté des restrictions qu'elle a édictées dans l'intérêt de certaines personnes eu égard à leur âge ou à leur situation particulière : d'où certaines incapacités prévues par le Code civil.

L'article 1123 du Code civil pose le principe en ces termes :

« Toute personne peut contracter si elle n'en est » déclarée incapable par la loi. » Et l'article 1124 ajoute : « Les incapables de contracter sont :

- » Les mineurs ;
- » Les interdits ;
- » Les femmes mariées, dans les cas exprimés par » la loi ;

» Et généralement tous ceux à qui la loi a inter-
dit certains contrats. ».

La capacité est donc la règle, l'incapacité l'exception.

Dans ce chapitre sur l'état civil de l'emprunteur, nous aurons à nous occuper d'abord de la capacité générale nécessaire pour contracter une obligation et de la capacité spéciale requise pour contracter une affectation hypothécaire. Ces deux capacités réunies nous donneront la situation exacte dans laquelle doit se trouver une personne pour consentir valablement une obligation hypothécaire.

I. — CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR OBTENIR UNE OBLIGATION

L'article 1108 du Code civil fait de la capacité le second élément essentiel des conventions. On distingue la capacité de droit et la capacité de fait. La première étant considérée comme un élément essentiel à la formation du contrat par l'article 1108, si elle fait défaut, la nullité absolue de l'acte s'ensuivra. La seconde, considérée simplement par l'article 1124 comme condition de validité des conventions, son absence n'entraînera qu'une nullité relative.

La capacité de droit fera rarement défaut dans un contrat, tout Français jouissant des droits civils aux termes de l'article 8 du Code civil. Ce n'est que très

rarement qu'une convention sera nulle pour défaut de capacité de droit.

Au contraire, un contrat pourra être annulable si une des personnes n'ayant pas la capacité de fait a été partie à l'acte. C'est la question dont nous allons nous occuper maintenant.

Remarquons d'abord que nous n'avons à étudier ici que la capacité de la personne qui contracte l'obligation, c'est-à-dire l'état civil de l'emprunteur et voyons ce qu'il résulterait du fait qu'une obligation aurait été consentie par un mineur, un interdit ou une femme mariée non autorisée, en un mot, quel serait le sort d'un acte de ce genre passé par un incapable et comment on peut remédier en pratique à ce défaut de capacité.

En général, le prêteur de deniers, avant de consentir le prêt à son futur débiteur, s'informera si cette personne est capable de contracter. Pour cela, il aura dans le notaire un excellent auxiliaire qui lui indiquera les précautions à prendre et les moyens de ne contracter qu'avec des personnes capables ou régulièrement habilitées pour l'acte en question. C'est ainsi que le notaire verra rapidement par les renseignements que les parties sont tenues de lui fournir avec preuve à l'appui, avant de dresser l'acte d'obligation, si la personne qui désire emprunter n'est ni mineure, ni interdite, ni femme mariée agissant sans autorisation. Par cela seul que le notaire dresse l'acte, les parties pourront agir avec plus de

confiance que si elles agissaient seules. Nous verrons dans un prochain chapitre quelle responsabilité encourrait le notaire qui ne prendrait pas toutes les précautions nécessaires. Pour le moment examinons seulement les formalités à accomplir pour qu'un incapable puisse valablement contracter une obligation.

Les mineurs sont les personnes capables en droit, mais à qui la loi enlève la capacité d'exercice ; jugeant le développement de leurs facultés intellectuelles insuffisant, elle les met par cette incapacité dans la possibilité de défendre leurs intérêts.

La situation du mineur variera selon qu'il sera ou non émancipé. Si le mineur n'est pas émancipé, les actes faits par son représentant légal, aux termes de l'article 1314 du Code civil, l'obligent comme s'ils avaient été faits par un majeur capable. Le mineur qui voudra emprunter, ne pourra donc le faire valablement que par l'intermédiaire de son tuteur. De plus, le tuteur ne peut agir en cette matière comme il lui plaît. L'emprunt, en effet, est un des actes que le tuteur ne peut faire seul au nom du mineur. L'article 457 du Code civil s'exprime ainsi sur ce point : « Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur... sans y être autorisé par un conseil de famille. Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. » Et l'article 458 ajoute : « Les délibérations du conseil de famille relatives à

cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le Tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du Conseil, et après avoir entendu le procureur du Roi. »

Il ne suffira donc pas que le tuteur soit autorisé par le conseil de famille à emprunter au nom du mineur. La loi, pour plus de protection, exige encore l'homologation du Tribunal. Cette solution est certaine malgré les doutes que peuvent inspirer les termes un peu vagues de l'article 458 : « les délibérations relatives à cet objet ». Comme le dit M. Baudry-Lacantinerie (1) : « en comparant ce texte avec celui qui précède, il semble qu'il s'agisse seulement de la vente des immeubles et non de l'emprunt. Mais le doute est levé par l'article 483 qui, statuant sur le cas où l'emprunt est fait pour le compte d'un mineur émancipé, exige positivement l'homologation du Tribunal. Donc *a fortiori* cette homologation est nécessaire, quand l'emprunt intéresse un mineur non émancipé. »

L'emprunt ne doit être autorisé, dit le texte, que pour cause d'une nécessité absolue, par exemple, pour effectuer le paiement d'une dette onéreuse ou exigible, pour faire des réparations d'une nécessité urgente. Le texte ajoute : « pour cause d'un avan-

(1) Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, t. I, p. 505.

tage évident » : par exemple si le tuteur trouve à emprunter de l'argent à 3 0/0 pour éteindre une dette du mineur portant intérêt à 4 0/0.

Qu'arriverait-il si le mineur contractait seul un emprunt? D'abord il est certain que si les facultés du mineur ne sont pas développées du tout, l'acte n'a pu se former parce qu'il n'a pu donner de consentement valable ; si le mineur a pu comprendre la nature de l'acte qu'il consentait, l'emprunt n'est pas seulement rescindable pour lésion en vertu de la règle : « minor restitutus non tanquam minor sed tanquam lœsus », il est nul en la forme parce que le mineur ne peut seul consentir un acte de ce genre, en vertu des principes qui régissent la matière.

Quelle solution donner s'il s'agit d'un mineur émancipé ? On sait que l'émancipation rend au mineur une partie de sa capacité de fait. Cependant la loi a jugé que l'emprunt était un acte d'un caractère trop grave pour le permettre même au mineur émancipé, qui à ce point de vue est traité comme un mineur en tutelle. L'article 489 du Code civil s'exprime en des termes trop formels pour permettre le moindre doute : « Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunt sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le Tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi. »

Les interdits sont les personnes qui, à raison de l'altération de leurs facultés mentales, sont placées

sous l'autorité d'un tuteur chargé de gérer leur patrimoine. L'interdit ne peut donc agir seul. Pour emprunter, il devra être assisté de son tuteur. L'article 502 du Code civil s'exprime en ces termes : « L'interdiction... aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit... seront nuls de droit. »

Donc, tout emprunt fait par le tuteur au nom de l'interdit, suivant les formes voulues par la loi et dans les limites de ses pouvoirs, oblige l'interdit. L'emprunt fait par l'interdit seul, sans l'assistance de son tuteur, est nul, qu'il soit préjudiciable ou non à l'interdit. La seule constatation que l'acte a été fait depuis le jugement d'interdiction et avant sa levée entraîne fatalement sa nullité. C'est donc ici un tout autre système que celui que la loi a organisé dans l'intérêt des mineurs.

Pour la femme mariée, des règles spéciales ont été posées par le Code civil. La femme mariée est incapable à un double point de vue : comme femme mariée d'abord, et ensuite, eu égard au régime matrimonial sous lequel elle s'est placée, régime qui est de nature à lui donner une capacité plus ou moins étendue.

L'incapacité de la femme mariée n'est pas naturelle et inhérente à son sexe, puisque la femme non mariée — fille, veuve ou divorcée — est pleinement capable. Cette incapacité est une conséquence du mariage et des pouvoirs que le mari acquiert sous

le nom de puissance maritale. Il en résulte que la femme mariée ne pourra pas consentir une obligation sans l'autorisation de son mari ou, à défaut, l'autorisation de justice.

Si la femme est mariée sous le régime de la communauté légale, elle pourra contracter valablement une obligation si elle est assistée de son mari. En autorisant la femme, le mari lui communique le pouvoir qu'il a d'obliger la communauté ; il lève pour ainsi dire l'obstacle qui empêchait cette communauté d'être tenue. D'où il résulte que le créancier acquiert alors action contre la communauté et contre le mari lui-même en même temps que contre la femme d'après les articles 1409 § 2 et 1419 du Code civil. Cette obligation personnelle du mari est considérée comme une exception à la règle « qui auctor est non se obligat ». « En appliquant cette règle, on donnerait au mari un moyen de se décharger des obligations qui concernent la communauté en les faisant contracter par sa femme à sa place et avec son autorisation. » (1) C'est l'opinion de la plupart des auteurs (2).

Il peut aussi arriver, et c'est le cas le plus fréquent, que la femme s'oblige solidairement avec son mari. Dans ce cas, la femme est tenue vis-à-vis du créancier comme un débiteur ordinaire ; elle pourra être

(1) Planiol, Droit civil, III, n° 1092.

(2) Demolombe, t. 4, n° 910 ; — Aubry et Rau, t. 5. § 520.

obligée à payer le total de la dette (1). Cependant, la loi vient au secours de la femme dans ses rapports avec son mari. D'après l'article 1431 du Code civil, elle est réputée caution, c'est-à-dire que si la femme a payé toute la dette, elle aura un recours contre son mari pour le total. Au contraire, si le mari a payé, il n'a aucun recours contre la femme.

Si la femme s'est obligée conjointement avec son mari, le créancier n'a d'action contre elle que pour moitié : article 1487 du Code civil. Quant au mari, la loi n'en parle pas, mais on estime qu'il peut être poursuivi pour le tout. « C'est une solution traditionnelle, écrit M. Planiol (2), déjà donnée dans l'ancien droit (Pothier : Communauté, n^{os} 729 et 732). Elle se motive, en outre, par l'intention vraisemblable des parties : le mari aurait pu conclure l'affaire à lui tout seul, et il aurait été obligé pour le tout. En faisant intervenir la femme dans une affaire que le mari avait pouvoir de traiter seul, le créancier a voulu augmenter et non diminuer ses garanties ; il a adjoint un second débiteur au premier sans faire remise à celui-ci d'une partie de sa dette. Du reste, en donnant la solution qui concerne la femme, l'article 1487 semble bien nous donner à entendre que sa situation est une faveur dont elle est seule à bénéficier. »

(1) Paris, 16 avril 1864, D. 64, 2. 127.

(2) Planiol, t. III, n^o 1097.

Si le mari veut s'obliger par mandataire, sa femme peut valablement en faire l'office : dans ce cas, on applique les principes ordinaires de la représentation dans les actes juridiques. La femme ne devient pas personnellement débitrice et le créancier ne pourra poursuivre que le mari.

Il peut arriver que le mari ne puisse ou ne veuille autoriser sa femme à contracter une obligation. La femme peut alors se faire autoriser par la justice, mais cette autorisation n'a qu'un effet : habilitier la femme à contracter. La communauté ne sera pas obligée et le créancier ne pourra saisir que la nue-propriété des biens de la femme dont la communauté a l'usufruit : article 1426 du Code civil. Cependant une double exception prévue par l'article 1427 permet à la femme d'obliger la communauté dans deux cas : 1^o pour tirer son mari de prison ; 2^o pour doter un enfant en l'absence du mari.

Il nous reste enfin à voir quel est le sort des obligations contractées par la femme mariée agissant sans aucune autorisation : dans ce cas, non seulement la communauté n'est pas obligée, mais la femme n'est pas valablement obligée. On applique simplement l'article 1125 du Code civil. Il en est autrement quand la femme contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. Elle est alors valablement liée : article 1426.

Telles sont les règles à appliquer quand une femme mariée sous le régime légal veut contracter une obli-

gation. On voit que l'autorisation maritale ou de justice sera nécessaire pour lui permettre de s'obliger valablement. La situation ne va-t-elle pas changer avec les divers régimes matrimoniaux auxquels ont pu se soumettre les époux et en cas de séparation de corps ?

Si les époux ont adopté le régime de séparation de biens ou se sont séparés légalement au cours de leur union, quelle sera la capacité de la femme en matière d'obligation ? Primitivement, la séparation avait pour effet de faire sortir entièrement la femme de la puissance du mari et de lui rendre toute sa capacité : « *Facta separatione, mulier non est amplius in potestate mariti.* » (1) Mais peu à peu le droit évolue en cette matière, et on arrive à établir que la séparation a, pour la femme, le même effet que l'émancipation pour les mineurs (2). C'est le principe que le Code civil a conservé et développé.

En matière d'obligation, la loi est muette en ce qui concerne la capacité de la femme séparée de biens. La jurisprudence en a conclu que la femme pouvant administrer librement sa fortune devait pouvoir contracter les obligations nécessaires pour cette administration (3). Cette solution est très acceptable.

(1) Dumoulin, note sur la coutume du Bourbonnais, art. 170.

(2) Laurière, Coutume de Paris, art. 234.

(3) Cass., 5 mai 1829, D. 29. 1. 181.

Elle permet à la femme de s'obliger sur tous ses biens et fait d'elle un débiteur ordinaire. Cependant les tribunaux peuvent lui défendre d'emprunter, si l'emprunt n'est pas nécessité par les besoins de son administration (1).

Si la femme est mariée sous le régime dotal, pourra-t-elle valablement consentir une obligation ? La jurisprudence donne la solution suivante : l'obligation contractée par une femme dotale, n'est pas annulable comme le serait l'engagement d'un incapable, il est seulement sans effet sur ses biens dotaux (2).

Il résulte de ces arrêts, que la femme s'oblige valablement sur ses biens paraphernaux et que toute obligation ayant pour objet ses biens dotaux sera nulle. La mesure dans laquelle la femme dotale se trouve alors protégée par son régime matrimonial varie selon que l'acte illicite a été commis par elle dans la conclusion ou dans l'exécution du contrat. Pour les actes commis lors de la conclusion du contrat, la jurisprudence en cas d'erreur de la femme sur la nature de ses biens, l'exempte de toute responsabilité (3). Au contraire, s'il y a eu dol de la part de la femme, elle est responsable sur ses biens

(1) Paris, 27 nov. 1857, D. 57. 2. 209.

(2) Cass., 14 nov. 1855, D. 55. 1. 437 ; — 18 août 1869, D. 69. 1. 461 ; 24 mars 1885, D. 85. 1. 254.

(3) Lyon, 24 mars 1882, D. 83. 2. 142.

dotaux (1). C'est au créancier de faire la preuve du dol de la femme. Pour les faits relatifs à l'exécution du contrat, la femme n'est plus responsable, qu'il y ait eu bonne ou mauvaise foi de sa part. Elle peut, sans motif, s'abstenir d'exécuter le contrat (2).

La séparation de corps a-t-elle un effet sur la capacité de la femme ? Depuis la loi de 1893, la femme séparée de corps recouvre sa pleine capacité : elle pourra donc contracter librement une obligation. Cependant, si la femme était mariée sous le régime dotal, la dotalité persistant toujours malgré la séparation, la femme ne pourrait s'obliger sur ses biens dotaux.

Telles sont les diverses personnes à qui la loi ne permet de consentir une obligation que sous les conditions que nous venons d'énumérer. Nous voyons qu'en principe, toute personne, en se conformant aux lois, pourra contracter un emprunt. Mais si le créancier exige comme garantie de cet emprunt une constitution d'hypothèque, une capacité nouvelle ne sera-t-elle pas requise de la part de certains constituants ? C'est ce que nous allons examiner dans la deuxième partie de ce chapitre.

(1) Cass., 5 février 1894, D. 94. 1. 416.

(2) Cass., 23 nov. 1885, D. 86. 1. 11.

II. — CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR CONSTITUER VALABLEMENT UNE HYPOTHÈQUE

Pour constituer valablement une hypothèque, il faut avoir la capacité d'aliéner. Cette proposition résulte de l'article 2124 du C. civ. ainsi conçu : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

Ainsi, ce que le législateur exige ici, ce n'est pas simplement la capacité de s'obliger, c'est une capacité spécialement déterminée, la capacité d'aliéner. L'hypothèque étant en somme un acte d'aliénation, la disposition de la loi est parfaitement justifiée. Duranton semble donc être dans l'erreur quand il écrit « qu'en thèse générale, ceux qui ne peuvent s'obliger valablement ne peuvent, par cela même, valablement hypothéquer leurs biens » (1). Il en résulterait que ceux qui peuvent s'obliger valablement peuvent, par cela même, conférer hypothèque. Or, cette induction manque d'exactitude, car il est telles personnes — le mineur émancipé, la femme

(1) Duranton, t. XIX, n° 343.

séparée de biens, par exemple — qui ont un droit d'administration dans les limites duquel les obligations qu'elles contractent sont parfaitement valables, mais qui, n'ayant pas la capacité d'aliéner leurs immeubles, n'auraient pas, par cela même, d'après le texte précis et très positif de l'article 2124, la capacité de les hypothéquer. Il faut donc poser en principe et en thèse générale que la capacité à l'effet de consentir hypothèque se règle sur la capacité d'aliéner et non sur celle de s'obliger.

Celui qui a la libre disposition des immeubles dont il est propriétaire, peut les hypothéquer en se conformant à la loi, mais il est une certaine catégorie de personnes qui, bien que propriétaires de leurs immeubles, ne peuvent les aliéner ni par conséquent les hypothéquer. La cause de cette incapacité variera selon les hypothèses : « Dans certains cas, écrit Paul Pont (1), l'incapacité révèle une pensée de protection : telle est l'incapacité dont sont atteints les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les prodigues ; dans d'autres cas, l'incapacité prend le caractère soit d'une indignité, soit d'une déchéance : telle est, d'une part, l'incapacité des condamnés à des peines afflictives et infamantes, et, d'autre part, l'incapacité des négociants faillis, des non-négociants en état de déconfiture ou de cession de biens, et du

(1) Paul Pont, Explication du C. C., t. XI, p. 5

propriétaire dont les biens sont frappés d'une saisie immobilière. L'exercice du droit de propriété est plus ou moins entravé pour toutes ces personnes. »

Résulte-t-il de ce qui précède que les diverses personnes dont parle Paul Pont soient privées de la faculté d'hypothéquer leurs immeubles ? C'est ce que nous allons étudier maintenant.

Les femmes mariées peuvent consentir hypothèque dans un seul cas : c'est lorsqu'elles sont marchandes publiques et pourvu qu'il ne s'agisse pas de leurs immeubles dotaux. En effet, l'article 7 du Code de commerce, limitant la disposition trop générale du Code civil, dispose que « les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles, et toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil. »

Dans tous les autres cas, la femme mariée ne peut seule consentir hypothèque sur ses biens immeubles. Mariée sous un autre régime que le régime dotal, elle est régie à cet égard par l'article 217 du Code civil aux termes duquel « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Mariée sous le régime dotal, elle est régie, quant à ses paraphernaux, par

le même article : et quant à ses biens dotaux, par l'article 1554, suivant lequel « les immeubles constitués en dot ne peuvent être hypothéqués, ni aliénés pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement », sauf les exceptions consacrées par les articles 1555 et suivants.

L'affectation hypothécaire consentie par la femme, surtout par la femme dotale, contrairement aux prohibitions de la loi, pourrait être attaquée non seulement par la femme elle-même et par son mari, mais encore par ses créanciers ayant un droit réel sur l'immeuble. Quant aux créanciers chirographaires, la jurisprudence semble leur refuser le droit (1). En tous cas, le droit des créanciers hypothécaires est incontestable. C'est l'opinion émise par la Cour de Toulouse (2) dans un arrêt disant que le créancier dont le titre est paralysé par une hypothèque constituée par la femme a le droit de rechercher si l'hypothèque a été légalement assise sur l'immeuble dont le prix, à cause de la qualité de son titre, est le gage du paiement de sa créance ; et, sur la demande du créancier, elle a déclaré nulle et inefficace l'hypothèque consentie par la femme, sans permission de justice sur un immeuble dotal.

Le mineur pas plus que la femme mariée n'a la

(1) Cass., 18 juillet 1859, D. 59. 1. 398.

(2) Toulouse, 26 février 1855, D. 56. 2. 273.

faculté de donner hypothèque. Ses immeubles peuvent bien être hypothéqués dans certains cas puisque l'article 2126 du Code civil le dit formellement, mais ce qu'il faut constater, c'est que le mineur, n'ayant pas personnellement la faculté d'aliéner ses immeubles, n'a pas non plus personnellement la faculté de les hypothéquer. Il en est, à cet égard, du mineur émancipé comme du mineur non émancipé : en principe, l'un n'a pas plus de liberté que l'autre. Seulement, il y a cette différence entre les deux, que le mineur émancipé peut être autorisé à faire le commerce et, dans ce cas, il peut seul hypothéquer ses immeubles d'après l'article 6 du Code de commerce. « Notons d'ailleurs, dit Paul Pont, que l'article 6 du Code de commerce ne relève pas le mineur émancipé marchand, de l'incapacité résultant de l'état de minorité aussi complètement que l'article 7 relève la femme marchande publique de l'incapacité résultant de son mariage. Celle-ci peut seule, dans ce cas, non seulement engager et hypothéquer ses immeubles, mais encore les aliéner. Le mineur émancipé ne peut, dans le même cas, qu'engager et hypothéquer les siens ; il ne pourrait les aliéner, d'après l'article 6 du Code de commerce, qu'en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code civil. » (1)

(1) Paul Pont, t. XI, p. 7.

Quoi qu'il en soit, en dehors du cas de l'article 6 du Code de commerce, le mineur émancipé ou non est incapable de consentir une hypothèque sur ses biens. D'après cela, l'hypothèque consentie par le mineur émancipé pour sûreté des obligations contractées dans les limites de son droit d'administration est annulable à la demande de l'incapable lui-même. Nous ne pouvons sur ce point admettre la théorie exposée par Duranton (1) qui dit que le mineur, étant autorisé à s'obliger dans les limites de son droit d'administration, est par cela même autorisé à donner des sûretés à son créancier. En effet, la capacité pour constituer hypothèque est réglée non point sur la capacité de s'obliger comme le croit Duranton, mais sur la capacité d'aliéner. L'article 2124 du Code civil est formel sur ce point. Or, le mineur émancipé, n'ayant pas la capacité d'aliéner ses immeubles, n'a pas non plus la capacité de les hypothéquer.

Enfin celui qui, même majeur, est en état d'interdiction ou pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut valablement conférer hypothèque.

Ainsi, dans cette première classe de personnes dont la capacité civile est affectée, nous voyons qu'à l'exception de la femme et du mineur émancipé, dans le cas où ils sont autorisés à faire le commerce,

(1) Duranton, t. XIX, n° 347.

toutes sont privées de la faculté d'hypothéquer leurs immeubles. Est-ce à dire que l'hypothèque qu'ils auraient consentie sans le concours de leurs représentants légaux serait nulle de plein droit ? Nous ne le pensons pas et nous croyons que la constitution d'hypothèque est seulement annulable ; elle pourra donc être confirmée par le constituant après la cessation de l'incapacité.

De l'incapacité des femmes mariées, des mineurs et des interdits résulte une autre incapacité relative, frappant un certain temps les personnes qui ont eu ces incapables sous leur puissance. Nous savons, en effet, que la femme mariée, le mineur, l'interdit ont une hypothèque légale sur les biens de leurs mari et tuteur, leur permettant de primer les créanciers postérieurs au mariage ou à l'ouverture de la tutelle. Il en résulte que pour mettre les créanciers à l'abri des risques créés par une telle situation, le notaire devra interpellier l'emprunteur à ce sujet et constater dans l'acte s'il est marié ou non, s'il a été tuteur ou non. Si l'emprunteur est marié, on verra, d'après son contrat de mariage ou à défaut par un extrait des actes de l'état civil, le régime nuptial adopté ; s'il est ou a été tuteur, on verra s'il a rendu son compte de tutelle ou si l'on doit purger l'hypothèque légale. Dans tous les cas les précautions nécessaires pour rendre l'emprunt valable devront être prises.

Il existe, avons-nous dit, une seconde classe d'incapacités qui prennent le caractère de l'indignité ou de

la déchéance. En première ligne nous trouvons les condamnés à une peine afflictive et infamante. La loi du 31 mai 1854, en abolissant la mort civile, dit dans son article 2 que les condamnations à des peines afflictives perpétuelles entraînent la dégradation civique et l'interdiction légale établie par les articles 28, 29 et 31 du Code pénal. Or l'interdit légal aussi bien que l'interdit judiciaire est privé de l'administration de ses biens : il ne pourra donc constituer valablement hypothèque. En cas d'incapacité temporaire, l'interdiction cessera à l'expiration de la peine.

Quant au failli, disons que le jugement déclaratif à partir de sa date entraîne de plein droit dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens (article 443 du Code de commerce), même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. L'article 446 du même Code annule les hypothèques constituées depuis l'époque déterminée par le Tribunal de commerce comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque.

Que faut-il conclure de ce qui précède ? Que le prêteur de deniers, avant d'accepter pour débiteur telle ou telle personne déterminée, devra bien se rendre compte de la situation qu'occupe cette personne dans la société ou la famille au point de vue légal. Ce sera au notaire à l'éclairer sur ce point et à éviter que son client soit amené à contracter avec des personnes à qui la loi a défendu certains con-

trats. On ne saurait s'entourer d'assez de précautions pour éviter de voir un jour un débiteur refuser le paiement de sa dette ou demander la nullité des sûretés qu'il a consenties, en se basant sur des textes du Code propres à justifier ses prétentions.

CHAPITRE VII

FRAIS ET RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

« Les frais, droits et honoraires des présentes y »
» compris le coût de la grosse à délivrer au prêteur »
» seront supportés par l'emprunteur. »

Cette clause que l'on trouve à la fin des actes d'obligation hypothécaire a pour but de mettre les frais du contrat à la charge du débiteur. Quels sont ces frais ? ils sont de deux sortes : ce sont d'abord les frais d'enregistrement et d'inscription hypothécaire et ensuite les honoraires du notaire.

Les frais d'enregistrement comprennent d'abord : pour l'obligation proprement dite un droit de 1. % sur le capital exprimé : article 69 de la loi du 22 frimaire an VII. Quant à la constitution hypothécaire, elle ne donne lieu à aucun droit particulier d'enregistrement quand elle est contenue dans le contrat d'obligation. Si elle fait l'objet d'un acte particulier, il est dû un droit fixe de 3 francs (lois du 18 mai 1850,

article 8, et du 28 février 1872, article 4). Les bordereaux d'inscription hypothécaire ne sont sujets à aucun droit d'enregistrement, mais l'inscription au bureau des hypothèques donne lieu à la perception d'un droit de 2 francs 50 pour mille.

Les honoraires du notaire sont dans le ressort de la Cour d'appel de Montpellier de 1% pour les obligations d'un capital variant de 1 à 100.000 francs; de 0 fr. 50 % s'il s'agit d'une somme supérieure à 100.000 francs et inférieure à 300.000 francs; de 0 fr. 25 % au-delà de 300.000 francs (1). Pour les bordereaux d'inscription le notaire a droit à 1 pour mille sur le capital exprimé.

Arrivons maintenant à la partie principale de ce chapitre : à la responsabilité du notaire. Nous ne croyons pas inutile de traiter de la responsabilité générale des notaires avant de nous occuper de leur

	Sur les réquisitions de transcription d'actes translatifs de propriété y compris les réquisitions d'inscriptions :	Notaire	Notaire
		résidant	non résidant
(1) <i>Formalités hypothécaires</i> (Décret du 3 septembre 1898).	Sur les actes représentant un capital de moins de . . . 500 fr.	1,50	»
	. . . 1.000 »	2,50	»
	. . . 2.000 »	3,50	»
	. . . 5.000 »	6,00	»
	Au-dessus de 5.000 »	8,00	»
	Pour les réquisitions d'état d'inscriptions et de radiations	2,00	3,00
	Pour toutes les autres réquisitions.	1,00	1,50
	Pour port de chaque envoi de pièces.		1,00

responsabilité spéciale en ce qui concerne le placement d'argent.

En droit romain, la loi 6 au Code « De magistratibus conveniendis » autorise un recours contre le scribe, auteur d'une appréciation inexacte et incomplète dans l'inventaire des biens d'un mineur. On trouve aussi dans les documents de notre ancienne jurisprudence la preuve irrécusable de nombreux cas de responsabilité infligée au notaire : « Un notaire, dit Ferrière (1), est toujours tenu des dommages-intérêts qu'il a causés à un des contractants, lorsqu'il y a dol de sa part, ou une lourde faute, parce que la lourde faute est comparée au dol. »

Dans le droit moderne, la loi du 6 octobre 1791, sans formuler d'une manière positive la responsabilité des notaires, la suppose d'une manière implicite, puisque, par l'article 16, elle leur ordonne de déposer, à titre de « garantie des faits de leurs fonctions », un fonds de « responsabilité en deniers » et de le verser dans la caisse des receveurs de districts. Mais il ne suffisait pas, en ordonnant le dépôt d'un cautionnement, de consacrer l'efficacité du recours : il était encore nécessaire de préciser les conditions de ce recours, et c'est ce qui a été fait par les articles 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI. Les paroles du rapport du tribun Favard de Langlade nous révèlent

(1) Ferrière, *Le parfait notaire*, liv. I, Chap. XVII.

dans quel esprit furent conçus ces articles : « Le projet, disait-il, défère aux tribunaux la connaissance des destitutions, suspensions, condamnations d'amende et dommages-intérêts, auxquelles les notaires se trouvent exposés dans les cas prévus par la loi. Il n'était pas possible de leur donner une sauvegarde plus rassurante contre toute espèce d'arbitraire.... Quelque rigoureuse que puisse paraître la responsabilité des notaires, l'intérêt de la société l'exigeait; il fallait donner aux citoyens cette garantie contre l'ignorance ou l'infidélité des notaires. »

Sans doute les dispositions de cette loi sur la responsabilité des notaires sont incomplètes et par leur extrême concision ont préparé les hésitations de la jurisprudence, mais telles qu'elles sont, elles n'en réalisent pas moins un progrès sur la législation antérieure. L'article 6 est ainsi conçu : « Il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive et de tous dommages-intérêts. » Et l'article 68 ajoute : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

Le Code civil ne s'est pas occupé spécialement de la responsabilité des notaires. Il a simplement posé un principe dans l'article 1382. Cet article est-il applicable aux notaires dans certains cas, ou faut-il s'en tenir toujours à l'article 68 de la loi de ventôse ? C'est une question que nous essayerons de résoudre plus loin.

Les causes de la responsabilité des notaires résident dans le principe qui impose à tout homme la responsabilité de ses actes. Il nous faut donc rechercher quels sont les devoirs et les obligations des notaires.

Les notaires ont d'abord des devoirs moraux en raison de la gravité et de l'importance de leurs fonctions dans la société. A ce sujet M. Vergé (1) écrit : « Leur office s'interpose dans les actes les plus solennels de la vie ; ils reçoivent les conventions qui doivent servir de règle aux associations conjugales ; le mourant dépose en leurs mains le témoignage de ses dernières volontés. Au milieu du conflit et de l'échange continu et si actif des intérêts de la vie civile, ils donnent de la fixité aux sociétés, aux ventes, aux donations ; ils sont, en un mot, les ministres de la juridiction gracieuse, comme les magistrats sont les ministres de la juridiction contentieuse. Et, sous le double rapport de la probité et des lumières,

(1) Vergé. De la responsabilité des notaires, p. 487.

ils ne sauraient présenter trop de garanties ; toutefois, l'absence de cette perspicacité, de ces scrupules instinctifs, qui vont au-devant des dangers et les signalent aux parties, des conseils donnés de bonne foi ne sauraient constituer un principe de responsabilité ; l'accomplissement des devoirs moraux ne trouve pas sa sanction dans la loi positive ; il est assuré par la satisfaction de la conscience et le suffrage des gens de bien. »

A côté de ces devoirs moraux qui, nous le voyons, ne peuvent entraîner la responsabilité du notaire, nous trouvons les devoirs légaux auxquels le notaire ne peut se dérober et que nous allons examiner.

La première cause de responsabilité pour les notaires vient du dol et de la fraude pratiqués par eux.

D'après l'article 1116 du C. civ., le dol n'est une cause de nullité que quand les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties, sauf à la partie trompée à poursuivre le tiers en dommages-intérêts. De plus, si l'erreur causée par le dol a été le motif déterminant du contrat, la nullité pourra être demandée pour erreur. Si on applique cette double conséquence au cas de dol ou de fraude pratiquée par un notaire, on voit qu'il sera toujours passible de dommages-intérêts.

En second lieu le notaire sera responsable de sa faute, mais dans quelle limite ? Pagès pense qu'on ne peut pas admettre que toute faute qui entraîne la nullité d'un acte soit par cela même une faute

grave : « Une telle opinion, écrit-il (1), ne serait pas admissible parce qu'elle serait contraire à toutes les règles de la justice et de l'équité : c'est en elle-même et non dans ses conséquences que la faute doit être considérée respectivement au notaire, et sous ce point de vue, il n'est pas possible de ne pas admettre une distinction proclamée par la raison et par l'équité et consacrée par le législateur lui-même dans l'article 68 de la loi de ventôse et dans les mots : s'il y a lieu. » Ainsi les juges doivent examiner le caractère de la faute qui entraîne la nullité, pour apprécier équitablement la question de dommages-intérêts réclamés contre les notaires. Ils deviennent alors de véritables jurés, dont la décision, quand elle est en dernier ressort, échappe à la censure de la Cour de cassation. Les circonstances particulières de chaque espèce qui leur est soumise devant nécessairement influencer sur leur jugement, il est difficile de poser des règles généralement applicables.

Dalloz aîné est plus sévère pour les notaires. « Nous pensons, écrit-il (2), que l'impéritie du notaire ne peut jamais l'excuser. Avant d'accepter les fonctions du notariat, il doit peser les obligations qu'elles lui imposent, et se soumettre à la responsabilité des fautes qui peuvent lui échapper. »

(1) Pagès, De la responsabilité des notaires, p. 35.

(2) Dalloz aîné, Jurisp. gén. t. V., p. 29.

Quant à la jurisprudence elle varie à l'infini et ne se décide pas à baser ses décisions sur un principe solide. Nous nous demandions plus haut, si l'article 1382 du Code civil pouvait s'appliquer malgré l'article 68 de la loi de ventôse ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. On objecte sans doute que l'on ne saurait voir le principe de l'action en responsabilité dans l'article 1382 du C. civ., cet article ne pouvant abroger le droit spécial au notariat. Nous répondons que, tout en reconnaissant que le principe a sa base dans l'article 68 de la loi de ventôse, nous admettons que l'article 1382 doit toujours s'appliquer dans les cas incertains. Cet article, par ses termes généraux, s'applique aussi bien au notaire qu'à toute autre personne, et d'ailleurs certains arrêts sont déjà intervenus en ce sens. On peut souhaiter que cette jurisprudence se généralise promptement (1). La combinaison des articles 1382 du C. civ. et 68 de la loi de ventôse donnera un nouvel essor à la jurisprudence en cette délicate matière.

Quelle est maintenant la responsabilité spéciale des notaires en matière de placement de fonds ? Le notaire peut se trouver dans différentes situations qui augmenteront ou diminueront sa responsabilité. Il peut être simple rédacteur de l'acte de prêt,

(1) Cass., 1^{er} juin 1840 ; — Cass., 20 janvier 1852 ; — Cass., 12 novembre 1866, D. 66. 1. 512. ; — Lyon, 8 février 1867, D. 67. 2. 154 ; Rennes, 20 mars 1841.

indicateur du prêt, intermédiaire, mandataire, gérant d'affaires.

A. Notaire simple rédacteur de l'acte de prêt.

Dans ce cas, le prêteur et l'emprunteur arrêtent entre eux les conditions du prêt, puis se rendent chez un notaire pour lui faire rédiger l'obligation. Le notaire n'est alors responsable que de la validité de son acte. Il ne pourra être déclaré responsable de l'insuffisance de l'hypothèque. Tel est l'avis de la jurisprudence : Rennes, 21 février 1893, D. 94. 2. 442.

B. Notaire indicateur du prêt.

Il est rare que les prêts se négocient sans l'intervention du notaire. En général, les particuliers s'adressent à leur notaire et lui disent, les uns qu'ils ont de l'argent à placer, les autres qu'ils désirent emprunter. Dans ce cas le notaire n'est pas négociateur du prêt et n'est pas responsable en cas de mauvais placement. C'est l'opinion de Demolombe, t. VIII, n^{os} 536 et 537.

Cependant le notaire peut être responsable des suites d'un placement dont il a suggéré l'idée à une personne sans expérience, s'il n'a pris aucune précaution pour se rendre compte des garanties offertes

par l'emprunteur (Cass., 8 décembre 1874, D. 75. 1.312).

C. Notaire intermédiaire.

Dans ce cas les obligations du notaire sont nombreuses et sa responsabilité très lourde. Il doit donner des avis et des conseils à ses clients. Il doit répondre des faits de dol et même de négligence par lui commis : ainsi, il est responsable s'il a exagéré frauduleusement la valeur des immeubles hypothéqués ; de même s'il donne des renseignements insuffisants ou inexacts sur la solvabilité d'un débiteur, sur son état civil.

Le notaire doit éclairer les parties sur leurs droits, sur les conséquences de leurs conventions ; sa responsabilité à cet égard est d'autant plus grande que les contractants sont des gens illettrés et sans aucune connaissance des affaires. Ainsi, il a été jugé que l'exposé par un notaire de la véritable situation hypothécaire de l'immeuble destiné à garantir la créance du prêteur ne suffisait pas pour éclairer les parties ; par suite le notaire n'est pas exonéré de la responsabilité qu'il encourt, quand l'immeuble est vendu, dans la suite, à un prix très inférieur au montant des créances hypothécaires au jour du prêt, et que cette situation devait être facilement prévue par le notaire ; le notaire aurait dû montrer au prêteur les consé-

quences de son engagement. (Cass., 14 novembre 1899, Def., 11150.)

La qualité d'intermédiaire oblige le notaire à vérifier la propriété de l'immeuble hypothéqué. Ainsi le notaire est responsable si les garanties hypothécaires stipulées au profit du prêteur viennent à disparaître par suite de l'exercice du retrait d'indivision (Agen, 28 janvier 1891, D. 92. 2. 79.). Le notaire doit exiger des titres de propriété réguliers, faute de quoi il est responsable si un jour on s'aperçoit que l'emprunteur n'avait pas le droit d'hypothéquer. Il est aussi responsable s'il laisse hypothéquer par l'emprunteur des constructions qui ne lui appartiennent pas (Cass., 3 avril 1901, Def., 11833).

Telles sont les obligations que la jurisprudence impose au notaire qui joue le rôle d'intermédiaire dans un placement hypothécaire. Cette jurisprudence nous paraît difficilement justifiable. Sans doute le notaire doit ses conseils à ses clients, mais l'omission de ce devoir n'engage pas sa responsabilité. Il n'y a là qu'une obligation toute morale qui ne nous paraît pas garantie par une sanction pécuniaire. On trouve quelques arrêts en ce sens (Paris, 16 août 1832; Lyon, 31 mai 1844, D. 45. 4. 461).

D. *Notaire mandataire.*

Les obligations du notaire mandataire de ses clients, en ce qui concerne la négociation du prêt,

sont celles qu'il a en qualité d'intermédiaire, auxquelles il faut ajouter celles qui dérivent du mandat. Le notaire répond alors de toute faute, de toute négligence dans l'exécution de ce mandat. La jurisprudence est unanime sur ce point.

Certaines décisions exigent que la faute commise par le notaire dans l'exécution du mandat soit une faute grave. Ainsi, un arrêt de la Cour de Poitiers (1) rejette la responsabilité, parce que le notaire mandataire n'a pas « commis des fautes graves de nature à compromettre les intérêts de l'appelant ».

Généralement, le notaire n'a qu'un mandat tacite ; quels sont alors ses devoirs ? On admet que le notaire dans ce cas est responsable du défaut de solidité du placement (Bordeaux, 12 février 1890, D. 91. 2. 47.), son devoir est donc de faire donner au prêteur un gage suffisant. Il est responsable de l'insuffisance des garanties hypothécaires qu'il a stipulées, surtout quand il ne pouvait ignorer cette insuffisance au moment du prêt (Cass., 21 déc. 1885, D. 86. 1. 403). A plus forte raison le notaire est responsable quand il n'a stipulé aucune garantie (Cass., 10 avr. 1878, D. 79. 1. 36). Le notaire doit vérifier la réalité et la valeur des garanties offertes par l'emprunteur (Cass., 2 mai 1892, D. 93. 1. 316).

Le notaire doit vérifier la situation hypothécaire

(1) Poitiers, 11 novembre 1889, D. 90. 2. 198.

des immeubles hypothéqués. Ainsi, a été déclaré responsable un notaire mandataire qui avait accepté comme garantie des immeubles déclarés libres de toutes charges, dettes et hypothèques, alors que ces immeubles étaient grevés d'un privilège de copartageant primant l'hypothèque consentie (Bordeaux, 12 février 1890, D. 91. 2. 47).

Le notaire mandataire doit vérifier la propriété de l'immeuble hypothéqué et il est responsable s'il laisse hypothéquer des immeubles qui ne sont plus la propriété de l'emprunteur (Rouen, 30 nov. 1891, D. 92. 2. 85).

Le notaire mandataire du prêteur doit connaître la capacité de l'emprunteur : il est responsable de la nullité du prêt pour cause de minorité de ce dernier (Cass., 19 juin 1850, D. 50. 1. 308). Il est responsable également de la nullité du prêt fait à une femme dotale, même autorisée par justice, mais en dehors des cas prévus par la loi (Cass., 25 janvier 1887. Defr. 9515).

E. *Notaire gérant d'affaires.*

Quelquefois le notaire agit sans avoir reçu de mandat même tacite ; il s'interpose spontanément pour faire un placement hypothécaire qu'il effectue sans la participation du prêteur. Il y a alors gestion d'affaires.

Certains auteurs, se rendant compte que l'inter-

vention du notaire dans la négociation du prêt n'est pas spontanée, disent qu'il n'y a là qu'un mandat tacite. Nous ne le contestons pas, mais alors ce mandat est tellement large, tellement vague, qu'en pratique on peut décider qu'il y a gestion d'affaires. En effet, le notaire a pour mandat de faire fructifier les capitaux de son client au mieux de ses intérêts ; mais il n'a pas le mandat de faire un placement hypothécaire déterminé. Dans ces conditions, le notaire faisant un placement fait bien un acte juridique compris dans le mandat dont il s'est chargé, mais un acte juridique de cette importance constitue, à lui seul, toute une affaire que le notaire gère véritablement comme doit le faire un gérant et non comme un mandataire qui se conformerait aux instructions données par le mandant.

Le notaire gérant d'affaires doit vérifier la propriété des biens hypothéqués et il est responsable s'il y a des vices dans les titres de cette propriété (Cass., 19 mars 1894, D. 95. 1. 70).

Nous venons de voir par ce qui précède quelles sont les causes de responsabilité du notaire dans la négociation du prêt, il nous faut maintenant étudier cette responsabilité à un triple point de vue : 1° de la rédaction de l'acte et sa signature ; 2° de la numération des deniers ; 3° des formalités postérieures à l'acte.

1. *Rédaction de l'acte et sa signature.*

Lorsque le prêt est décidé, le notaire procède à la rédaction de l'acte. Il commence son acte en indiquant son nom et celui de sa résidence. Ensuite il met les noms des parties qui comparaissent.

Il est tenu de s'assurer de leur identité, car, s'il négligeait cette précaution que lui impose la loi, il serait responsable de la perte subie par le prêteur, résultant du fait que l'emprunteur n'était pas la personne qu'il prétendait être (Amiens, 9 janvier 1890, D. 91. 2. 7.).

Le notaire doit orthographier les noms des parties avec exactitude ; il est responsable de ses erreurs, car elles peuvent mettre le conservateur des hypothèques dans l'impossibilité de délivrer un état constatant la véritable situation de l'immeuble hypothéqué (Cass., 6 août 1890, D. 91. 1. 195.).

Après les conditions du prêt, le notaire insère dans l'acte l'affectation hypothécaire. Il doit vérifier la propriété de l'immeuble donné en garantie, en établir l'origine et s'assurer ainsi que l'emprunteur avait le droit de l'hypothéquer : ainsi un emprunteur hypothèque un immeuble qu'il possède par une donation non transcrite : le notaire est responsable de la disparition du gage.

Le notaire rédacteur interpelle les parties sur leur état civil. Il demande à l'emprunteur s'il est marié, s'il a fait un contrat de mariage ; s'il est ou a été tuteur, ou s'il remplit ou a rempli d'autres fonctions emportant hypothèque légale sur ses biens. Il insère dans son acte les déclarations qui lui sont faites, sans être tenu d'en vérifier la sincérité ; il est admis par la jurisprudence que ce soin incombe au prêteur.

Le notaire peut être déclaré responsable d'un prêt hypothécaire réalisé par acte devant lui, si, par suite de négligence ou d'oubli, il a laissé mentionner dans l'acte que les immeubles hypothéqués étaient libres de toutes charges hypothécaires alors qu'il savait pertinemment le contraire (Amiens, 27 déc. 1887, Def. 4693).

Pour terminer son acte, le notaire le date, le lit aux parties et le leur fait signer après avoir mentionné qu'il a rempli les formalités exigées par la loi, puis il le signe lui-même. Ce sont là des formalités de droit commun ; le notaire est responsable si, faute de les observer, l'acte est annulé.

II. *Numération des deniers.*

Le prêteur qui ne veut rien risquer remet les fonds en dépôt au notaire en attendant que l'emprunteur ait fourni les justifications de la situation hypothécaire. Si le notaire remet les fonds avant la justifi-

cation des sûretés promises, il est responsable du préjudice qui peut en résulter pour l'emprunteur (Cass., 9 avril 1895, D. 96. 1. 201). Quand les justifications ont été fournies, le notaire remet les fonds à l'emprunteur.

Si l'emprunteur ne peut justifier des sûretés promises, le notaire ne peut lui remettre les fonds. Il ne peut pas même les rendre au prêteur tant que le contrat n'est pas résolu par voie amiable ou judiciaire (Cass., 2 mars 1868, *Rev. not.*, n° 2155.)

En sa qualité de dépositaire, le notaire est responsable des sommes qu'il a reçues, même s'il en fait le placement chez un banquier qui fait faillite, bien que l'emprunteur consulté sur ce placement ait dit au notaire « d'agir au mieux de ses intérêts » (Dijon, 18 déc. 1872, *Rev. not.*, n° 4332).

III. *Formalités postérieures à l'acte*

Les formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes que le notaire reçoit sont les significations, inscriptions, radiations, renouvellements, purges. Le notaire n'est responsable que quand il s'est constitué le mandataire ou le gérant des parties pour y procéder. Dans ce cas, il rédige des bordereaux : s'il commet dans cette rédaction une omission ou une erreur qui entraîne la nullité de l'inscription, il est responsable de cette nullité (Nîmes,

5 février 1849, sous Cass., 29 juillet 1850, D. 50.1. 267). Le notaire est aussi responsable s'il tarde à prendre l'inscription, lorsque ce retard empêche le créancier d'avoir le rang sur lequel il comptait (Dijon, 26 oct. 1892, D. 93. 2. 206.)

Telle est la responsabilité que les notaires encourent en cas de placement de fonds. La responsabilité est plus ou moins atténuée selon les espèces qui se présentent.

Quant aux spéculations auxquelles le notaire peut se livrer avec les fonds déposés chez lui par les clients en attendant leur placement, la responsabilité subsiste tout entière. C'est même là un des points les plus délicats de la matière et une des causes fréquentes de la banqueroute des notaires. Le notaire auquel on remet les fonds peut être tenté de s'en servir pour son propre compte, pour jouer à la Bourse par exemple, espérant réaliser un gros bénéfice ou seulement mettre ordre à ses affaires qui vont mal. Mais, peu à peu, les sommes perdues s'ajoutent aux pertes anciennes et le notaire en est réduit à la fuite et au déshonneur. C'est pour éviter un pareil résultat que les lois françaises ont de tout temps prévenu les notaires de la responsabilité qu'ils encourraient dans ce cas et les ont mis en garde contre les dangers de la spéculation. Aussi ne saurions-nous mieux conclure ce chapitre qu'en citant certaines prohibitions édictées par le Gardé des sceaux dans sa circulaire

du 1^{er} mars 1890, aux Procureurs généraux sur l'application des décrets des 30 janvier et 2 février 1890 :

« Vous appellerez particulièrement l'attention de
» vos substituts sur les prohibitions édictées par l'article 1^{er}. Comme celles de l'Ordonnance de 1843,
» elles ont toutes pour but d'empêcher les notaires
» de se livrer à des spéculations en dehors et à côté
» de leurs fonctions, et de faire, en un mot, « le trafic de l'argent ». Dans certaines contrées ces pratiques ne sont pas seulement fréquentes, elles sont
» générales. Le notaire accepte de ses clients (qui
» croient la chose licite) des dépôts de fonds productifs d'intérêts à partir du jour du dépôt. Ces
» dépôts sont faits au notaire dans l'attente d'un
» placement hypothécaire que l'officier public s'engage à réaliser, ou même sans condition, selon le
» degré de confiance des clients. Le notaire, s'il ne
» dispose pas des fonds à son profit personnel, s'il
» ne cherche pas à les faire fructifier dans des spéculations plus ou moins périlleuses, les emploie
» soit en obligations au porteur, dans lesquelles il
» devient personnellement créancier sous le nom
» d'un clerc ou de toute autre personne interposée,
» soit en prêts sur simples billets, quand il se croit
» assuré des garanties de solvabilité. Ces divers
» agissements, essentiellement contraires aux devoirs
» du notariat, transforment peu à peu les études de
» notaires en agences de spéculation et de banque.
» Avec l'aide des Chambres, vous devez appliquer

» tous vos efforts à les faire disparaître. Ce n'est
» qu'à titre exceptionnel qu'on peut tolérer qu'un
» notaire, afin de rendre service à un client solva-
» ble, se fasse pour lui, à l'occasion, l'intermédiaire
» d'un prêt par billets.

» En dehors des emprunts qu'ils peuvent contrac-
» ter pour leurs besoins personnels, il leur est abso-
» lument interdit de recevoir des fonds sans destina-
» tion précise pour les employer ou prêter à leur
» gré... On devra donc rechercher, lors des vérifica-
» tions, si tous les dépôts effectués l'ont été avec
» une destination spéciale, si cette destination est
» mentionnée sur le livre-journal du notaire, et si les
» sommes ainsi déposées ont bien reçu l'emploi
» indiqué. »

APPENDICE

Il nous reste pour finir à dire un mot de l'obligation au porteur : l'obligation peut être souscrite au profit de celui qui sera le porteur de l'original en brevet ou de la grosse exécutoire. L'hypothèque est transmise par la remise du titre ; le paiement doit nécessairement être effectué entre les mains du porteur de la grosse du titre. Il n'est pas besoin de signifier la cession de l'obligation au débiteur. En voici la formule la plus usitée :

« Il est formellement convenu que la créance ré-

» sultant des présentes se transmettra par la simple
» remise de la grosse, sans avoir besoin d'être consi-
» tatée par aucun endos, ni autre écrit, ni d'être signi-
» fiée au débiteur ; cette remise emportera de plein
» droit subrogation au profit du porteur, de tous
» les droits, actions et hypothèques attachés à la
» créance, et notamment dans l'effet plein et entier
» de l'inscription qui sera prise en vertu des pré-
» sentes au bureau des hypothèques de X... En con-
» séquence, le porteur pourra se désister du droit
» d'hypothèque et donner mainlevée de l'inscrip-
» tion, sans autre formalité que l'énonciation dans
» l'acte de mainlevée que la grosse des présentes
» aura été représentée au notaire et qu'il aura fait
» dessus une mention de la mainlevée. »

Il s'agit, en somme, dans ce cas, d'une cession de créance. Il faut donc se demander si les dispositions des articles 1690 et 1691 du Code civil s'appliquent en cas de transmission de la grosse. D'après les règles du droit commun, telles qu'elles sont consignées dans ces articles, la cession de créance doit, pour être opposable aux tiers par le cessionnaire, être signifiée au débiteur ou être acceptée par lui dans un acte authentique. Entre le créancier et le cessionnaire, la cession est parfaite, d'après l'article 1583 du Code civil, « dès qu'on est convenu de la chose et du prix » ; dès ce moment, le cédant cesse d'être créancier, le cessionnaire le devient ; à l'égard des tiers, en tant qu'elle leur serait opposée par le

cessionnaire, la cession n'est efficace que si elle a été signifiée ou acceptée ; jusque-là la créance est toujours considérée comme appartenant au cédant. Sont considérés comme tiers pour l'application de l'article 1690, tous ceux qui n'ont pas été partie à la cession et qui ont sur la créance des droits qui seraient compromis si la cession leur était opposable et opposée. Donc, jusqu'à ce que la cession ait été portée à la connaissance du cédé, ce dernier conserve le bénéfice de sa situation antérieure. Malgré la cession, il se libère valablement s'il paye aux mains du cédant avant la signification ou l'acceptation.

Ces règles sont très anciennes dans la pratique française. Pour M. Beudant (1) « la signification du transport paraît avoir été considérée d'abord comme devant jouer, en matière de cession de créance, le rôle attribué à la tradition dans le transfert des choses corporelles. Quant à l'acceptation par le cédé, elle n'apparaît comme équivalent à la signification qu'à la fin de l'ancien droit ». Quoiqu'il en soit, il est certain que les dispositions reproduites par les articles 1690 et 1691 ont formé le droit commun de l'ancienne France jusqu'au XVIII^e siècle. A ce moment, par une dérogation notable, on admet l'ordre dans les effets de commerce, et par voie de conséquence, l'endossement. C'était un moyen de faciliter le com-

(1) Beudant, note dans le Dalloz sous un arrêt de cassation du 8 mai 1878, D. 78. 1. 241.

merce des lettres de change. Désormais, on distingue les titres à personnes dénommées et les titres à ordre. Les premiers restent soumis au droit commun, les autres se transfèrent par simple endossement.

L'usage de l'ordre et de l'endossement, d'abord restreint aux effets de commerce, pénètre peu à peu dans la voie civile, qui tend à s'écarter des habitudes lentes, graves et parfois trop circonspectes du droit commun : ainsi s'est élevée la question de savoir si une obligation civile entre non commerçants, constatée par acte notarié, peut être à ordre et, par suite, négociable par simple endossement, avec les effets naturels à ce mode de cession.

M. Beudant, dans la note précitée, constate que les Cours d'appel se sont le plus souvent prononcées pour la négative. Le système des arrêts revient à ceci : l'article 1690 du Code civil forme le droit commun pour la transmission des créances civiles ; il est d'ordre public, et les parties ne peuvent se soustraire à son application. Ce n'est qu'au Code de commerce que l'usage de l'ordre est prévu ; la loi ne l'autorise que pour les matières commerciales, dans l'intérêt du commerce, afin de faciliter la circulation des effets ; les mêmes raisons de faveur n'existent pas pour les obligations civiles : elles ne sont, eussent-elles été stipulées payables à ordre, transmissibles que sous les conditions de l'article 1690.

La grande majorité des auteurs, au contraire, a

toujours admis que la clause à ordre peut être insérée dans un titre quelconque, et qu'elle a pour effet, quelle que soit la nature de l'obligation, de rendre non applicables les articles 1690 et 1691 du Code civil. « On se méprend gravement, écrit Bravard-Veyrières (*Traité de droit comm.*, t. III, p. 141), quand on veut rattacher la faculté de céder un titre par endossement à la nature civile ou commerciale de ce titre, ou, comme un privilège, à la faveur plus ou moins grande qu'il mérite à raison des services qu'il est appelé à rendre. Sa cause véritable et sa seule cause, c'est la clause à ordre ».

La question présente au point de vue pratique un intérêt considérable et multiple. Si on admet que l'obligation civile stipulée payable à ordre est transmissible par endossement, il en résulte pour M. Beudant les conséquences suivantes : 1° la cession sera opposable aux tiers, notamment au débiteur et à ses héritiers, à la date de l'endossement et indépendamment de toute signification ou acceptation ; 2° le cessionnaire sera à l'abri de toutes les exceptions qui ne lui sont pas personnelles et qui ne résultent pas de la teneur du titre ; 3° le cédant sera gérant non seulement de l'existence du droit, mais du paiement effectif à l'échéance ; 4° le débiteur ne pourra payer valablement qu'au porteur et sur présentation du titre.

La Cour de Riom, par arrêt du 27 juillet 1875, avait contesté ces déductions. L'arrêt fut cassé le

8 mai 1878. La Cour de Riom reconnaît bien que la clause est licite, mais l'endossement ne vaut alors que comme un simple transfert et ne produit, par suite, ses effets qu'entre le cédant et le cessionnaire. Si on admettait cette interprétation de la Cour de Riom, la clause n'aurait plus aucun sens. Or, le seul qu'elle puisse avoir, c'est d'exprimer que l'obligation pourra être valablement transmise par voie d'endossement, et que cet endossement produira les mêmes effets que l'endossement d'un billet à ordre ordinaire.

La thèse, dans ses termes simples, revient donc à ceci : les obligations civiles peuvent-elles être stipulées payables à ordre, de manière à être transmissibles par endossement ? A cette question, nous répondrons affirmativement : quand on a admis, au XVIII^e siècle, que l'acceptation du débiteur équivalait à la signification qui était antérieurement d'usage, on devait être conduit à se demander à quel moment l'acceptation pourrait être faite ; et puisque rien ne limitait le temps d'accomplissement de la formalité, il était inévitable qu'on décidât qu'elle pouvait être remplie par anticipation tout aussi bien qu'après la cession. « Or, dit M. Beudant, l'ordre n'est pas autre chose, de la part du débiteur, que l'acceptation anticipée des cessions que le bénéficiaire fera de la créance. Quand le titre est à ordre, pourquoi n'est-il pas besoin de signification ni d'acceptation ? Parce que la signification n'est requise qu'à défaut d'ac

ception, et que le débiteur, dès que le titre est à ordre, s'est engagé directement envers celui qui sera porteur à l'échéance. »

Cependant il faut reconnaître que l'extension de l'ordre aux créances civiles n'est pas toujours sans inconvénient au point de vue pratique ; dans un cas au moins, elle expose les tiers à un véritable danger : c'est quand l'obligation est constatée par acte notarié rédigé en minute. L'endossement en ce cas est écrit au bas ou au dos de la grosse qui circule ; il peut alors arriver, ce qui a été constaté dans l'espèce sur laquelle sont intervenus les arrêts précités, que le débiteur ou ses héritiers payent sur la minute au créancier originaire, ignorant la cession intervenue, que rien n'a portée à leur connaissance. Les considérations qui expliquent et ont motivé les articles 1690 et 1691 C. civ. gardent alors toute leur force malgré la clause à ordre ; la dérogation au droit commun devient périlleuse. Il est vrai que le débiteur ou ses héritiers auraient un moyen d'éviter le danger qui les menace : ce serait, sachant que la grosse est à ordre, d'exiger lors du paiement la remise de la grosse. Mais, de même encore que dans l'espèce, il arrivera souvent qu'ayant stipulé cette remise, on ne veillera pas à ce qu'elle soit effectuée ; et le débiteur, qui se sera libéré aux mains du créancier originaire, dans l'ignorance de la cession, se trouvera encore obligé au regard du cessionnaire porteur de la grosse. « Si l'extension de l'ordre aux

créances civiles se généralise, conclut Beudant, ce qui est probable, il serait prudent de n'admettre la cession par endossement des obligations notariées, qu'autant qu'elles seraient regues en brevet ; l'article 20 de la loi de ventôse n'admet qu'exceptionnellement la rédaction en brevet, il faudrait qu'elle fût ici seule autorisée. »

La jurisprudence des Cours d'Appel la plus récente se montre favorable à la clause à ordre qu'elle condamnait autrefois. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 20 mars 1891 admettant la validité de cette clause fut attaqué. La Cour de Cassation par arrêt du 13 mars 1892 déboute l'appelant : « Attendu, » dit la Cour, qu'une obligation même civile peut » être souscrite à l'ordre du créancier; que l'effet » légal de la clause à ordre est de rendre le titre qui » en est revêtu transmissible par voie d'endosse- » ment, et que la cession ainsi opérée est opposable » aux tiers sans qu'il soit besoin de recourir aux » formalités prescrites par l'article 1690 du Code » civil.... rejette.... »

La jurisprudence, on le voit, a fait un grand pas en avant en cette matière. Il est à souhaiter que les Cours d'appel adoptent toutes cette sage opinion.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'OBLIGATION SANS HYPOTHÈQUE

CHAPITRE UNIQUE

Il est rare dans la pratique notariale de rencontrer des obligations sans hypothèque dès qu'il s'agit d'une somme ayant une certaine importance. Les parties contractantes se présenteront rarement devant un notaire pour lui faire constater une obligation de ce genre. En général, l'emprunteur s'engagera envers le prêteur par un simple billet ainsi conçu :

« A un an de date, je paierai à M. X. ou à son
» ordre la somme de,....*francs, valeur reçue en
» argent. »

L'emprunteur signe et date ce billet qui constituera le titre de créance du prêteur. Cependant, il se peut malgré tout, que l'acte soit passé devant notaire ; il

pourra alors reçu être en brevet et l'on insèrera dans le contrat de prêt les conditions auxquelles les parties voudront se soumettre. La formule de cette obligation sans hypothèque est en général ainsi conçue :

- » Par-devant M^e..., notaire à..., le...
- » Ont comparu :
- » M. X., demeurant à...
- » Lequel a reconnu par les présentes devoir légitimement,
- » A M. Z., demeurant à..., ici présent et acceptant,
- » La somme de... francs, pour prêt d'une pareille
- » somme que M. Z. lui a fait en bonnes espèces,
- » hors la vue du notaire soussigné, pour employer
- » à ses besoins et affaires ainsi qu'il avisera.
- » Laquelle somme de...fr., M. X. promet et s'oblige
- » de rendre à M. Z., en sa demeure à. ., ou pour lui
- » au porteur de ses pouvoirs et les présentes tel
- » jour déterminé.
- » La somme prêtée produira intérêt au taux de
- » cinq pour cent l'an à partir de ce jour.
- » Pour l'exécution des présentes, il est fait élec-
- » tion de domicile en les demeures respectives des
- » parties.
- » Dont acte, etc., etc. »

Telle est la formule la plus simple dont on se sert en général pour constater par-devant notaire une obligation sans hypothèque. Nous avons dit que ces sortes d'actes peuvent se délivrer en brevet : c'est

même ce qui arrive le plus fréquemment. Mais rien ne s'opposerait à ce qu'ils fussent reçus en minutes. La formule que nous citons est aussi réduite que possible, mais on peut y insérer les mêmes clauses que celles que l'on rencontre dans l'obligation hypothécaire : ainsi on pourra stipuler que la somme ainsi prêtée ne produira aucun intérêt ou qu'elle n'en produira qu'à partir d'une certaine époque ; qu'à défaut du paiement d'un seul terme d'intérêts, la somme prêtée deviendra exigible un mois après un simple commandement de payer resté infructueux ; que l'intérêt stipulé sera payable à l'avance ; que le remboursement ne pourra avoir lieu qu'en certaines espèces déterminées ; que l'emprunteur pourra se libérer par anticipation en remboursant toute la somme ou par acomptes qui ne pourront être inférieurs à une certaine somme déterminée ; ou inversement, que l'emprunteur ne pourra se libérer par anticipation à moins de payer les intérêts jusqu'au jour où la somme serait devenue exigible. Les clauses relatives à la capitalisation des intérêts ou à l'impôt sur le revenu, pourront être également mentionnées dans le contrat. En un mot, l'obligation sans hypothèque est traitée sur ce point comme l'obligation hypothécaire. Nous ferons donc au sujet de la validité de ces clauses les mêmes réserves que nous avons déjà formulées dans la première partie de cette étude à laquelle nous renvoyons.

L'obligation que nous étudions n'étant garantie

par aucune constitution d'hypothèque nous n'avons pas à nous occuper de la situation juridique des biens du débiteur pas plus que du transport de l'indemnité d'assurance. Quant à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur, elle nous paraît inutile en ce que le prêteur, n'exigeant aucune garantie sur les biens de son débiteur, ne demandera pas que la femme de ce dernier le subroge dans ses droits. Il s'agit en général d'un service que l'on rend à une personne en qui on a confiance, et si cette confiance va jusqu'à se passer de la sûreté réelle, la plus importante dans notre droit, il faut croire qu'elle saura de même se passer des garanties secondaires moins importantes.

L'état civil de l'emprunteur sera sans doute connu du prêteur, mais il devra se souvenir, s'il place mal sa confiance, qu'un incapable, en s'obligeant envers lui, ne s'oblige pas valablement : ainsi une femme mariée, souscrivant un simple billet sans l'autorisation de son mari, peut parfaitement refuser de rendre la somme prêtée en alléguant son incapacité : le prêteur n'aura aucun moyen légal de contraindre sa débitrice. C'est un cas d'obligation naturelle.

Les frais de l'obligation sans hypothèque sont les mêmes que ceux de l'obligation hypothécaire si l'acte est passé devant notaire et soumis à l'enregistrement. Le simple billet n'est soumis qu'à un droit de timbre variant avec l'importance de la somme prêtée.

Enfin la responsabilité du notaire n'est pas engagée dans un acte de ce genre pourvu que l'officier ministériel ait observé les formes exigées par la loi. Il n'est dans aucun cas garant de l'opportunité du placement.

Telles sont les quelques règles qui s'appliquent à l'obligation sans hypothèque. Sa rareté, nous l'avons dit, est très grande et on ne se sert de ce modeste contrat de prêt que quand il s'agit de sommes dont l'importance varie avec la confiance que le prêteur a dans son emprunteur. Mais il peut arriver que l'état des affaires de l'emprunteur, excellent au moment du prêt, soit devenu mauvais à la suite de spéculations malheureuses ou simplement par le fait du hasard ; de telle sorte que le créancier, plein de confiance envers son débiteur au moment du prêt, commence à avoir des doutes sérieux sur sa solvabilité future. Le simple billet souscrit par le débiteur est échu depuis longtemps, mais d'un commun accord tacite, le débiteur n'a pas remboursé la somme due et le créancier a continué de toucher régulièrement ses intérêts. Mais si la situation du débiteur change, le créancier va courir le risque de n'être pas remboursé puisque sa créance n'est garantie par aucune hypothèque. Aussi pour éviter ce fâcheux résultat, va-t-il exiger de son débiteur ou le remboursement de la somme venue à échéance ou la constitution d'une sûreté réelle. Et c'est ainsi qu'un simple billet, qu'une obligation sans hypothèque va se transformer par la

volonté et l'adhésion des deux parties contractantes en une obligation hypothécaire, qui sera simplement une reconnaissance de dette par le débiteur constatée dans un acte authentique et garantie maintenant par une hypothèque que le prêteur avait dédaignée au moment du contrat.

APPENDICE

PROJET RUAU SUR L'INSTITUTION D'UN BIEN DE FAMILLE INSAISSISSABLE

ARTICLE PREMIER. — Tout chef de famille jouissant des droits civils peut constituer un bien de famille insaisissable, d'une valeur de 6.000 francs au maximum. L'estimation de l'immeuble sera faite par le maire de la commune ou par un expert désigné sans frais par le juge de paix sur simple requête.

ARTICLE 2. — Le bien de famille devra comprendre une maison ou partie de maison habitée par le propriétaire, et, facultativement, des terres attenantes ou non, le tout libre d'hypothèque.

Le bien de famille pourra être constitué sur les biens propres de la femme, mais avec son consentement. La femme pourra renoncer à son hypothèque légale sur le bien du mari affecté d'insaisissabilité par simple intervention dans la déclaration notariée prévue par l'article 3.

ARTICLE 3. — L'acte constitutif du bien de famille sera passé devant notaire et contiendra la désignation détaillée de l'immeuble avec les indications cadastrales. Cet acte devra être soumis à la transcription.

ARTICLE 4. — Le bien de famille ne peut être saisi, ni quant

au capital, ni quant aux fruits, par les créanciers postérieurs à sa constitution définitive.

Les fruits pourront néanmoins être saisis pour payer les impôts et les dettes nées des délits ou quasi délits du propriétaire et aussi pour acquitter les travaux des entrepreneurs et les salaires des ouvriers employés à l'amélioration du fonds. Cette disposition ne fait pas obstacle à l'application de l'article 592 du Code de procédure civile, dont la présente loi étend la limite d'exemption jusqu'à la somme de 15.000 francs.

ARTICLE 5. — L'insaisissabilité subsiste tant que le bien de famille reste aux mains du fondateur, de son conjoint survivant ou de ses enfants mineurs.

ARTICLE 6. — Le propriétaire ne peut hypothéquer ni vendre à réméré le bien de famille.

ARTICLE 7. — Dans aucun cas et sous aucun prétexte, le même chef de famille ne peut posséder plus d'un bien de famille insaisissable.

ARTICLE 8. — Le propriétaire peut aliéner tout ou partie du bien de famille, mais avec le concours de la femme dans l'acte de vente ; si le propriétaire a des enfants mineurs, l'aliénation sera subordonnée à l'autorisation du conseil de famille, prise à l'unanimité, sinon elle devra être soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en la Chambre du conseil, le ministère public entendu.

ARTICLE 9. — A la mort du constituant, par dérogation aux dispositions du Code civil, l'indivision pourra être maintenue, si le défunt laisse des enfants mineurs, jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le maintien de l'indivision et l'allocation d'une indemnité à l'un des héritiers s'il y a lieu seront prononcés par le juge de paix après avis du conseil de famille.

A la majorité du plus jeune des enfants, chacun des héritiers, et le conjoint survivant s'il a un droit de copropriété, a la faculté de reprendre le bien de famille sur estimation. Lorsque plusieurs intéressés veulent user de cette faculté, la préférence est accordée d'abord à l'époux co-propriétaire au

moins pour moitié, s'il habite la maison, puis à l'héritier que le défunt a désigné. En cas de non existence d'un conjoint copropriétaire ou d'un héritier désigné, la majorité des intéressés décide. A défaut de majorité, il est procédé à l'attribution de l'immeuble par voie de tirage au sort. S'il y a contestation sur la valeur du bien de famille et sur les soultes à payer par l'attributaire, l'estimation du bien est faite par un expert nommé par le juge de paix sur simple requête.

ARTICLE 10. — En cas de destruction totale ou partielle du bien de famille, les fruits et les meubles qui en dépendent, les indemnités d'assurance demeurent affectées à la reconstitution des valeurs détruites ou d'un nouveau bien de famille, et jouissent, dans les limites fixées par les articles 1 et 4 de la présente loi, du privilège de l'insaisissabilité.

ARTICLE 11. — Les droits d'enregistrement pour l'acquisition d'un immeuble, constitué comme bien de famille, sont fixés à 3 francs % sans décimes, si toutefois l'acquéreur et son conjoint ne possèdent pas d'autres immeubles dont la valeur formerait, avec celle du bien de famille, une somme totale supérieure à 6.000 francs. La réduction de tarif n'est applicable que jusqu'à concurrence de ladite somme.

Sur l'acte constitutif du bien de famille, il ne sera perçu qu'un droit fixe de 2 francs pour l'enregistrement ; et la transcription ne donnera ouverture qu'au droit fixe de 1 franc.

BIBLIOGRAPHIE

- Annales de législation étrangère* (1873, 1880, 1888).
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. I^{er}.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, t. II.
- BÉNECH. — *Le nantissement appliqué aux reprises de la femme*.
- BEUDANT. — *Cours de droit français*, t. II.
- BOUDOUSQUIÉ. — *Assurances terrestres*.
- E. CLERC. — *De la responsabilité des notaires*, t. II.
- DALLOZ. — *Recueil périodique*.
- DARRAS et TARBOURIECH. — *De l'attribution en cas de sinistre des indemnités d'assurance*.
- DEFRÉNOIS. — *Traité pratique du notariat*.
- DEMOLOMBE. — *Minorité et tutelle*, t. II.
- DUVERGIER. — *Du prêt*.
- FERRIÈRE. — *Le parfait notaire*, liv. I^{er}, ch. XVII.
- HUG. — *Droit civil*, t. VII.
- Journal Officiel*, 1888. Débats parlementaires.
- JUSTINIEN. — *Institutes*, liv. III, t. XIII, principium.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. XV.
- MARTINEAU DES CHESNEZ. — *Réalisation du gage hypothécaire*
- MASSÉ et VERGÉ. — *Le droit civil français*, t. V.

L. MÉRIGNHAC et A. MÉRIGNHAC. — *Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

PAGÈS. — *De la responsabilité des notaires.*

PANNIER. — *De l'attribution des indemnités d'assurance et de quelques autres indemnités.*

PIGEAU. — *Procédure civile*, t. II.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*

Paul PONT. — *Explication du Code civil*, t. XI.

POTHIER. — *Traité des Obligations.*

— *Du prêt à usage.*

SIREY. — *Recueil général des lois et arrêts.*

TROPLONG. — *Du prêt.*

— *Des privilèges et hypothèques.*

VERGÉ. — *De la responsabilité des notaires.*

VIGIÉ. — *Cours élémentaire de droit civil*, t. II.

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE. — DE L'OBLIGATION AVEC HYPOTHEQUE	19
CHAPITRE PREMIER. — FORMALITES. CONDITIONS. . .	19
CHAPITRE II. — PRINCIPALES CLAUSES	40
CHAPITRE III. — DESIGNATION ET EXAMEN DE LA SITUATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE HYPOTHEQUE	63
CHAPITRE IV. — TRANSPORT DE L'INDEMNITE D'ASSURANCE.	82
CHAPITRE V. — SUBROGATION A L'HYPOTHEQUE LEGALE DE LA FEMME MAREE	100
§ 1. Sa nature	103
§ 2. Cas où elle est possible	107
§ 3. Formalités qu'elle exige	111
a) Authenticité	111
b) Publicité	113
§ 4. Son étendue et ses effets	115
a) Etendue de la subrogation	115
b) Effets de la subrogation.	116
§ 5. Loi du 13 février 1889.	123

CHAPITRE VI. — RECHERCHE DE L'ÉTAT-CIVIL DE L'EM- PRUNTEUR.	126
CHAPITRE VII. — FRAIS ET RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE.	148
APPENDICE. — Obligation hypothécaire au porteur.	167
DEUXIÈME PARTIE. — DE L'OBLIGATION SANS HYPOTHÈQUE	175
CHAPITRE UNIQUE	175
APPENDICE. — Projet Ruau.	181
BIBLIOGRAPHIE	185
TABLE DES MATIÈRES	187

Montpellier, le 1^{er} juin 1907.
Vu, le Doyen de la Faculté de Droit,
VIGIE.

Montpellier, le 31 mai 1907
Vu, le président de la thèse
J. CHARMONT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 1^{er} juin 1907.

Le Recteur,
ANT. BENOIT.

